
KÖPRÜLÜ KÜT.
659

[illegible]

٦٥٩

يا كبيكج

باب الانجاس فيه تطهير الدرهم ١٤

قال صاحب الهداية في ديباجة كتابه الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه • واظهر شعائر الشرع واحكامه •
وبعث رسلا وانبياء صلوات الله عليهم اجمعين • الى سبل الحق هادين • وخلفهم
علماء الى سنن سننهم داعين • يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد •
مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الارشاد • وخص اوائل المستنبطين بالتوفيق
حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق • غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع • والنوازل
يضيق عنها نطاق الموضوع • واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد • والاعتبار
بالامثال من صنعة الرجال • وبالوقوف على الماخذ يعض عليها بالنواجذ • وقد جرى
علي الوعد في مبداء بداية المبتدي ان اشرحها بتوفيق الله شرحا ارسمه بكفاية
المنتهي • فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ • وحين اكاد اتكي عنه اتكاء الفراغ
تبينت فيه نبذا من الاطناب • وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب • فصرفت العنان و
العناية الى شرح آخر موسوم بالهداية • اجمع فيه بتوفيق الله بين عيون الرواية •
ومتون الدراية • تاركا للزوائد في كل باب • معرضا عن هذا النوع من الاسهاب •
مع ما انه يشتمل على اصول ينسحب عليها فصول • واسال الله تعالى ان يوفقني لاتمامها
ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها • حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب
في الاطول والاكبر • ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر •
وللناس فيما يعشقون مذاهب • والفن خير كله • ثم سالني بعض اخواني ان املي
عليهم المجموع الثاني • فافتتحته مستعينا بالله في تحرير ما اقاوله • متضرعا اليه
في التيسير لما احاوله • انه الميسر لكل عسير • وهو على ما يشاء قدير • وبالاجابة جدير •

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا
قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم الآية ففرض الطهارة غسل الاعضاء الثلثة
ومسح الراس بهذا النص • والغسل هو الاسالة • والمسح هو الاصابة • وحد الوجه من
قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة
وهو مشتق منها • والمرفقان والكعبان تدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر فهو
يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط
ما وراءها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم اليها
اذ الاسم يطلق على الامساك ساعة • والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب
والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة رضي الله
عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى سباطة قوم فبال وتوضا • ومسح على ناصيته
وخفيه • والكتاب مجمل فالتحق بيانا به • وهو حجة على الشافعي رحمه الله عليه في
التقدير بثلث شعرات • وعلى مالك رحمه الله عليه في اشتراط الاستيعاب • وفي بعض
الروايات قدره اصحابنا رحمهم الله بثلثة اصابع من اصابع اليد لانها اكثر
ما هو الاصل في آلة المسح • قال وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء
اذا استيقظ المتوضي من نومه لقوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا
يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري اين باتت يده • لان اليد
آلة التطهير فيسن البداية بتنظيفها • وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية به
في التنظيف • وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء
لمن لم يسم • والمراد نفي الفضيلة • والاصح انها مستحبة • وان سماها في الكتاب سنة
ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح • والسواك لان النبي عليه السلام كان
يواظب عليه • وعند فقده يعالج بالاصبع لان النبي عليه السلام فعل كذلك • والمضمضة
والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة • وكيفيته ان يمضمض ثلثا يأخذ
لكل مرة ماء جديدا • ثم يستنشق كذلك هو المحكي من وضوءه عليه السلام • و
مسح الاذنين • وهو سنة بماء الراس خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام
الاذنان من الراس • والمراد بيان الحكم دون الخلقة • وتخليل اللحية لان النبي عليه

امر جبريل عليه السلام بذلك وقيل هو سنة عند ابي يوسف جائز عند ابي حنيفة و
محمد رحمهما الله لان السنة اكمال الفرض في محله والداخل ليس بمحل الفرض وتخليل
الاصابع لقوله عليه السلام خللوا اصابعكم كي لا تتخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض
في محله وتكرار الغسل الى الثلث لان النبي عليه السلام توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء
لا يقبل الله تعالى الصلوة الا به وتوضأ مرتين مرتين فقال هذا وضوء من
يضاعف له الاجر مرتين وتوضأ ثلثا ثلثا وقال هذا وضوئي ووضوء
الانبياء من قبلي فمن زاد على هذا او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته
سنة ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند
الشافعي فرض لانه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة
الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم
لان التراب غير مطهر الا في حالة ارادة الصلوة او هو ينبئ عن القصد ويستوعب
رأسه بالمسح وهو السنة وقال الشافعي رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة
اعتبارا بالمغسول ولنا ان انسا رضي الله عنه توضأ ثلثا ثلثا ومسح رأسه
مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي يروى فيه
من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روي عن ابي حنيفة
رحمه الله ولان المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا
فصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار ويرتب الوضوء فيبدأ بما
بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء سنة وقال الشافعي رحمه الله
فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب ولنا ان المذكور فيها
حرف الواو وانها لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء و
البداية بالميامن فضيلة لقوله عليه السلام ان الله يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل
والترجل

فصل في نواقض الوضوء

المعاني الناقضة للوضوء ما يخرج من
السبيلين لقوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط وقيل لرسول الله عليه السلام
ما الحدث قال ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة فيتناول المعتاد وغيره و
الدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا الى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء

ملء الفم وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما
روي انه عليه السلام قاء فلم يتوضأ ولان غسل غير موضع الاصابة امر تعبدي
فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل
دم سائل وقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن
على صلوته ما لم يتكلم ولان خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر
في الاصل معقول والاقتصار على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة
تعدي الاول غير ان الخروج يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء
الفم في القيء لان بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة
بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على
الانتقال والخروج وملء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه يخرج
ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا
يشترط السيلان عنده اعتبارا بالمخرج المعتاد ولاطلاق قوله عليه السلام القلس
حدث ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون
سائلا وقول علي رضي الله عنه حين عد الاحداث جملة او دسعة تملأ الفم واذا
تعارضت الاخبار يحمل ما رواه الشافعي على القليل وما رواه زفر على الكثير و
الفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملأ الفم فعند ابي يوسف
يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا
يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث
لم تنتقض به الطهارة وهذا اذا قاء مرة او ماء او طعاما فان قاء بلغما فغير
ناقض عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ناقض اذا كان ملء الفم والخلاف في
المرتقي من الجوف فاما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لان الرأس ليس
بموضع النجاسة لابي يوسف انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة
وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه
ملء الفم لانه سوداء محترقة وان كان مائعا فكذلك عند محمد رحمه الله اعتبارا
بسائر انواعه وعندهما ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا لان

المعدة ليست بمحل دم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الرأس الى ما لان من
الانف نقض الوضوء بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج
والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب
لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن به
والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء غايته
بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط بخلاف حالة القيام
والقعود والركوع والسجود في الصلوة وغيرها هو الصحيح لان بعض الاستمساك
باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء غايته والاصل فيه قوله عليه السلام لا
وضوء على من نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام
مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على العقل بالاغماء و
الجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء حدث في الاحوال كلها
وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء فوقه فلا يقاس عليه و
القهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس ان لا تنقض وهو قول الشافعي
رحمه الله لانه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة
وخارج الصلوة ولنا قوله عليه السلام الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء
والصلوة جميعا وبمثله يترك القياس والاثر ورد في صلوة مطلقة
فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له
دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلوة دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر
ناقضة فان خرجت من رأس الجرح او سقط اللحم لا تنقض والمراد بالدابة الدودة
وهذا لان النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما
فاشبه الجشاء والفساء بخلاف الريح الخارجة من قبل المرأة والذكر لانها لا تنبعث
عن محل النجاسة حتى لو كانت المرأة مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها
من الدبر فان قشرت نفطة فسال منها ماء او صديد او غيره ان سال عن رأس
الجرح نقض وان لم يسل لا ينقض وقال زفر ينقض في الوجهين جميعا وهي مسئلة
الخارج من غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد

نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها
فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج

فصل

في الغسل وفرض الغسل المضمضة
والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله عليه السلام
عشر من الفطرة اي السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا
سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير
جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج عن النص بخلاف الوضوء
لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة الحدث
بدليل قوله عليه السلام انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ
المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه
للصلوة الا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك
المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله عليه
السلام وانما يؤخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى
لو كان على لوح لا يؤخر وانما يبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء
وليس على المرأة ان تنقض ضفائرها في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله
عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها
بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها
والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة
حالة النوم واليقظة وعند الشافعي رحمه الله خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل
لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول
الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى
شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف رحمه الله ظهوره
ايضا اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من
وجه فالاحتياط في الايجاب والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عليه السلام
اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب لانزال

ونفسه تتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا إذا أولج في
الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج
لأن السببية ناقصة والحيض لقوله عليه السلام يطهرن بالتشديد وكذا النفاس
بالإجماع وسن رسول الله عليه السلام الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والإحرام
نص على السنة وقيل هذه الأربعة مستحبة وسمى محمد رحمه الله الغسل في يوم الجمعة
حسنا في الأصل وقال مالك رحمه الله واجب لقوله عليه السلام من أتى الجمعة فليغتسل
ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو أفضل و
بهذا يحمل ما رواه على الاستحباب أو على النسخ ثم هذا الغسل للصلاة عند أبي
يوسف رحمه الله وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة
بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لأن فيهما الاجتماع فيستحب
الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة وأما في عرفة والإحرام فسنبينه في المناسك
إن شاء الله وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام
كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي هو الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه
خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر أبيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب
إلى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل أهله والتفسير مأثور عن عائشة رضي الله
عنها

باب

الماء الذي يجوز به الوضوء الطهارة من الأحداث جائزة بماء السماء
والأودية والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء
طهورا وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه وطعمه أو ريحه
ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بماء اعتصر من الشجر والثمر لأنه ليس
بماء مطلق والحكم عند فقده منقول إلى التيمم والوظيفة في هذه الأعضاء تعبدية
فلا تتعدى إلى غير المنصوص عليه أما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضي به
لأنه ماء خرج من غير علاج ذكره في جوامع أبي يوسف رح وفي الكتاب إشارة
إليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فأخرجه عن طبع الماء
كالأشربة والخل وماء الباقلي وماء الورد والمرق وماء الزردج لأنه لا
يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلي ما تغير بالطبخ فإن تغير بدون الطبخ يجوز

التوضي به ويجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير أحد أوصافه كماء المد و
الماء الذي اختلط به اللبن أو الزعفران أو الصابون أو الأشنان قال رضي
الله عنه أجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي عن أبي يوسف أنه بمنزلة
ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي والإمام السرخسي رحمهما الله
وقال الشافعي لا يجوز التوضي بماء الزعفران وأشباهه مما ليس من جنس الأرض
لأنه ماء مقيد ألا ترى أنه يقال ماء الزعفران بخلاف أجزاء الأرض لأن الماء لا يخلو
عنها عادة ولنا أن اسم الماء باق على الإطلاق ألا ترى أنه لم يتجدد له اسم على حدة
وإضافته إلى الزعفران كإضافته إلى البئر والعين ولأن الخلط القليل لا معتبر به
لعدم امكان الاحتراز عنه كما في أجزاء الأرض فيعتبر الغالب والغلبة بالأجزاء لا بتغير اللون
هو الصحيح وإن تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضي به لأنه لم يبق في معنى
المنزل من السماء إذ النار غيرته إلا إذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة
كالأشنان ونحوه لأن الميت قد يغسل بالماء الذي أغلي بالسدر به وردت
السنة إلا أن يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه

قال وكل ماء دائم وقعت النجاسة فيه لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة
أو كثيرا وقال مالك رحمه الله يجوز ما لم يتغير أحد أوصافه لما روينا وقال
الشافعي يجوز إن كان الماء قلتين لقوله عليه السلام إذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا
ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم و
لا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك ورد في بئر بضاعة وماؤها
كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي ضعفه أبو داود أو هو يضعف عن احتمال
النجاسة والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به إذا لم ير لها أثر لأنها
لا تستقر مع جريان الماء والأثر هو الطعم أو الرائحة أو اللون والجاري ما لا يتكرر
استعماله وقيل ما يذهب بتبنة والغدير العظيم الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك
الطرف الآخر إذا وقعت نجاسة في أحد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر لأن الظاهر
أن النجاسة لا تصل إليه إذ أثر التحريك في السراية فوق أثر النجاسة ثم عن أبي حنيفة رحمه الله
أنه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول أبي يوسف رح وعنه بالتحريك باليد وعن

محمد بالتوضي وجها الاول ان الحاجة اليه في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم
قدروا ذلك بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس و
عليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله
في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الآخر اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع وعن
ابي يوسف رح انه لا ينجس الا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري قال وموت
ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها
وقال الشافعي رحمه الله ينجسه لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف
دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عليه السلام فيه هذا هو الحلال
اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى
حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة
كالطين وموت ما يعيش في الماء لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان وقال
الشافعي يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة
كبيضة حال محها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن في الماء والدم هو
المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم
الدم وهو الاصح والضفدع البحري والبري سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم
وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش
دون مائي المولد مفسد قال الماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا لمالك
والشافعي هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال
زفر وهو احد قولي الشافعي ان كان المستعمل متوضيا فهو طهور وان كان محدثا
فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا لكنه
نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة
عملا بالشبهين وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة هو طاهر غير طهور
لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجيس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت صفته كمال
الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله هو نجس لقوله عليه السلام
لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة الحديث ولانه ماء ازيلت

به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله نجاسته غليظة اعتبارا
بالمستعمل في الحقيقية وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف
قال والماء المستعمل هو كل ماء ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه القربة
رضي الله عنه وهذا عند ابي يوسف وقيل هو قول ابي حنيفة ايضا وقال محمد لا
يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه و
انها تزال بالقرب وابو يوسف يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد
بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو صار مستعملا لان سقوط
حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب اذا انغمس في
البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف رح الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده
لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد كلاهما طاهران الرجل
لعدم اشتراط الصب عنده والماء لعدم نية القربة وعند ابي حنيفة كلاهما
نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في
بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه ان الرجل طاهر
لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه
قال وكل اهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير
والآدمي لقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك في
جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير
المدبوغ وحجة على الشافعي في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا يرى انه
ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله فانه
رجس منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما رويناه
ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود
يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكوة لانه يعمل
عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه هو الصحيح وان لم يكن
ماكولا قال وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي نجس لانه من اجزاء الميتة و
لنا انه لا حيوة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعهما فلا يحلهما الموت اذ الموت زوال الحيوة

وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز
بيعه ولنا ان عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته قال
واذا وقعت في البير نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع
السلف ومسايل الابار مبنية على اتباع الاثار دون القياس فان وقعت فيها بعرة
او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم تفسد الماء استحسانا والقياس ان تفسد لوقوع
النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان ابار الفلوات ليست لها رؤوس حاجزة
والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة
في الكثير وهو ما يستكثره الناظر اليه في المروي عن ابي حنيفة وعليه الاعتماد ولا
فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة
تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب
اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة
وعن ابي حنيفة انه كالبير في حق البعرة والبعرتين فان وقع فيها خرء الحمام او
العصفور لا يفسده خلافا للشافعي له انه استحال الى فساد فاشبه خرء الدجاج
ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها
واستحالته لا الى نتن رائحة فاشبه الحماة قال فان بالت فيها شاة نزح
الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج
من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يوكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له انه
عليه السلام امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله عليه السلام استنزهوا
من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار كبول
ما لا يوكل لحمه وتاويل ما روي انه عرف شفاءهم فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة رح
لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي
يوسف يحل للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده وان ماتت
فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون
دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغره يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي
الله عنه انه قال في الفارة اذا ماتت في البير واخرجت من ساعتها نزح منها عشرون دلوا

الخثي بالخاء المعجمة والثاء المثلثة للبقر والبعر للابل والغنم والروث للفرس والبغل وغيرهما
اعلم انهم قالوا في الشاة التي تبعر في المحلب بعرة او بعرتين يرمى البعرة من ساعته ويشرب
منه

والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق
الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة
والسنور نزح منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون
وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة
اذا ماتت في البير ينزح منها اربعون دلوا هذا لبيان الايجاب والخمسون بطريق
الاستحباب ثم المعتبر في كل بير دلوها الذي يستقى بها منها وقيل دلو يسع
فيها صاع ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود
وان ماتت فيها شاة او ادمي او كلب نزح جميع ما فيها لان ابن عباس وابن الزبير
رضي الله عنهما افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بير زمزم فان انتفخ الحيوان
فيها او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء
وان كانت البير معينا لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء وطريق
معرفته ان تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البير ويصب فيها ما ينزح منها الى ان
تمتلي او ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلا
ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشرة دلا وهذان عن
ابي يوسف وعن محمد رحمه الله نزح مايتا دلو الى ثلثماية فكانه بنى قوله على ما
شاهد في بلده وعن ابي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم
الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دابه في مثله وقيل يوخذ بقول رجلين لهما
بصارة في امر الماء وهذا اشبه بالفقه وان وجدوا في البير فارة او غيرها
لا يدرون متى وقعت ولم تنتفخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضوا
منها وغسلوا كل شيء اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت او تفسخت اعادوا
ثلثة ايام ولياليها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليهم اعادة شيء
حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزال بالشك وصار كمن راى في ثوبه
نجاسة لا يدري متى اصابته ولابي حنيفة رحمه الله ان للموت سببا ظاهرا
وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ دليل التقادم فيقدر
بالثلث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرنا بيوم وليلة لان

ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها وأما مسألة النجاسة فقد قال المعلى هي
على الاختلاف فيقدر بالثلث في البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب
بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان فصل في الأسآر وغيرها وعرق
كل شيء معتبر بسؤره لأنهما يتولدان من لحمه فأخذ أحدهما حكم صاحبه وسؤر
الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لأن المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر
ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والنفساء والكافر وسؤر الكلب نجس و
يغسل الإناء من ولوغه ثلثا لقوله عليه السلام يغسل الإناء من ولوغ
الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الإناء فلما تنجس الإناء من ولوغه
فالماء أولى وهذا الحديث يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي
في اشتراط التسبيع ولأن ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه بسؤره وهو دونه
أولى والأمر الوارد بالسبع محمول على الابتداء وسؤر الخنزير نجس لأنه نجس
العين على ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي فيما سوى الكلب و
الخنزير لأن لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر الهرة
طاهر مكروه وعن أبي يوسف رح أنه غير مكروه لأن النبي صلى الله عليه وسلم
كان يصغي لها الإناء فتشرب منه ثم يتوضأ به ولهما قوله عليه السلام الهرة
سبع والمراد به بيان الحكم إلا أنه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت
الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم
تحاميها النجاسة وهذا يشير إلى التنزه والأول إلى القرب من التحريم ولو أكلت
فأرة ثم شربت على فور الماء تنجس الماء إلا إذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها
والاستثناء على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويسقط اعتبار الصب
للضرورة قال وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه لأنها تخالط النجاسة ولو كانت
محبوسة بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة
وكذا سؤر سباع الطير لأنها تأكل الميتات فأشبه المخلاة وعن أبي يوسف رح
إذا كانت محبوسة ويعلم صاحبها أنه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ
رحمهم الله هذه الرواية وسؤر ما يسكن في البيوت كالحية والفأرة مكروه لأن

حرمة اللحم أوجبت نجاسة السؤر إلا أنه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت
الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيه قيل
الشك في طهارته لأنه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء
وقيل الشك في طهوريته لأنه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل رأسه و
كذا لبنه طاهر وإن حرم وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وإن فحش فكذا سؤره وهو
الأصح وروي نص عن محمد رحمه الله على طهارته وسبب الشك تعارض الأدلة
في إباحته وحرمته أو اختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم في نجاسته و
طهارته وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من
نسل الحمار فيكون بمنزلته فإن لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز أيهما
قدم وقال زفر رحمه الله لا يجوز إلا أن يقدم الوضوء لأنه ماء واجب الاستعمال
فأشبه الماء المطلق ولنا أن المطهر أحدهما فيفيد الجمع دون الترتيب وسؤر
الفرس طاهر عندهما لأن لحمه مأكول وكذا عنده في الصحيح لأن الكراهة لإظهار
شرفه فإن لم يجد إلا نبيذ التمر قال أبو حنيفة رح يتوضأ به ولا يتيمم لحديث
ليلة الجن فإن النبي عليه السلام توضأ به حين لم يجد الماء وقال أبو يوسف
رحمه الله يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وبه قال
الشافعي عملا بآية التيمم لأنها أقوى وهو منسوخ بها لأنها مدنية وليلة
الجن كانت بمكة مكية وقال محمد رحمه الله يتوضأ به ويتيمم لأن في الحديث
اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير
واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رضي الله عنهم
وبمثله يزاد على الكتاب وأما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء
وقد قيل لا يجوز لأنه فوقه والنبيذ الذي اختلف فيه أن يكون حلوا
رقيقا يسيل على الأعضاء كالماء وما اشتد منها صار حراما لا يجوز التوضي به
وإن غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الاختلاف وإن اشتد فعند أبي حنيفة
رحمه الله يجوز التوضي به لأنه يحل شربه عنده وعند محمد رحمه الله لا يتوضأ به
لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الأنبذة جريا على قضية القياس

والله اعلم واعلى

باب التيمم

ومن لم يجد الماء وهو مسافر
او خارج المصر بينه وبين المصر ميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى
فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم
ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج
بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان
التفريط يأتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض فخاف ان استعمل الماء
اشتد مرضه تيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في
زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه
بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي خوف التلف وهو مردود بظاهر النص
ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه تيمم بالصعيد وهذا اذا كان
خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز
ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان يمسح باحديهما وجهه وبالاخرى
يديه الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ولا
بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل
الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذلك الحيض
والنفاس لما روي ان قوما جاؤا الى رسول الله عليه السلام وقالوا انا قوم
نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض و
النفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والنورة والكحل والجص
والزرنيخ وقال ابو يوسف رح لا يجوز الا بالتراب والرمل وقال الشافعي
لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لقوله تعالى فتيمموا صعيدا
طيبا اي ترابا منبتا قاله ابن عباس رضي الله عنهما غير ان ابا يوسف رحمه
زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي
به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد

بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة رح لاطلاق ما تلونا
وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه تراب
دقيق قال والنية فرض في التيمم وقال زفر ليست بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا
يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في
حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة
الصلوة اجزاه ولا يشترط نية التيمم للحدث او الجنابة هو الصحيح من المذهب قال
فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عندهما وقال ابو يوسف
هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس
بقربة مقصودة ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة
لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها
قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم
فهو متوضئ خلافا للشافعي بناء على اشتراط النية فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله
ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر بطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء
والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر
عليه لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لانعدام
النية منه قال وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه و
ينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان القدرة هي المرادة بالوجود
الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم
عند ابي حنيفة رح قادر تقديرا والمراد ما يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه
ابتداء فكذا انتهاء قال ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر
او لانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء قال ويستحب لعادم الماء
وهو يرجو ان يؤخر الصلوة الى آخر الوقت فان وجد الماء والا تيمم وصلى
ليقع الاداء باكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي
يوسف في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الرأي كالمتحقق وجه
الظاهر ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء

من الفرائض والنوافل وعند الشافعي يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية
ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه قال ويتيمم الصحيح في المصر
اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة
لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذلك من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة
ان تفوته العيد يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز
للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان للولي حق الاعادة
فلا فوات في حقه وان احدث الامام او المقتدي في صلوة العيد يتيمم ويبني عند
ابي حنيفة رح وقالا لا يتيمم لان اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت
ولابي حنيفة ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته والخلاف
فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا
الوضوء يكون واجدا للماء في صلوته فيفسد قال ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت
لو توضا فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو
الظهر بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضا لم يتيمم ويتوضا ويقضي
ما فاته لان الفوات الى خلف وهو القضاء قال والمسافر اذا نسي الماء في رحله
فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يعيدها
والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره وذكره في الوقت وبعده سواء
له انه واجد للماء فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه ولان رحل المسافر معدن
الماء عادة فيفترض الطلب عليه ولهما انه لا قدرة الا بالعلم وهي المرادة
بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف
ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة بالماء تفوت
الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء
لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان
غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى
الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان كان
مع رفيقه ماء طلبه منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه يتيمم لتحقق

العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة رح لانه لا يلزمه الطلب من ملك
الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده
ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر
مسقط والله اعلم

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز
بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن من
رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان ماجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء
اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث خصه بحدث موجب للوضوء لانه لا
مسح من الجنابة على ما نبين ان شاء الله وبحدث متاخر لان الخف عهد مانعا
ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست ثم خرج الوقت والمتيمم
اذا لبس ثم رأى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد
اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل
رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف
مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت
ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا قال ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر
ثلثة ايام ولياليها لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة
ايام ولياليها قال وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث
فيعتبر المدة من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدأ من قبل
الاصابع الى الساق لحديث المغيرة ان النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه
على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني انظر الى اثر المسح
على خف رسول الله خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على
باطن الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به
الشرع والبداية من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض
ذلك مقدار ثلث اصابع من اصابع اليد وقال الكرخي من اصابع الرجل والاول
اصح اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كثير يبين منه قدر ثلث
اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز وان

قيل لأنه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي لتعذر الجمع بينهما ولنا أن الخفاف لا تخلو عن الخرق القليل عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكثير فلا حرج والكثير أن ينكشف قدر ثلاث أصابع الرجل أصغرها هو الصحيح لأن الأصل في القدم هو الأصابع والثلاث أكثرها فقام مقام الكل واعتبار الأصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الأنامل إذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لأن الخرق في أحدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لأنه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة قال ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا إذا كنا سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها إلا عن جنابة ولكن من بول أو غائط أو نوم ولأن الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لأنه يتكرر قال وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لأنه بعض الوضوء وينقضه أيضا نزع الخف لسراية الحدث إلى القدم حيث زال المانع وكذا نزع أحدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا وإذا مضت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه إعادة بقية الوضوء وكذا إذا نزع قبل المدة لأن عند النزع يسري الحدث السابق إلى القدمين كأنه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم إلى الساق لأنه لا معتبر به في حق المسح وكذا بأكثر القدم هو الصحيح قال ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلاثة أيام ولياليها عملا بإطلاق الحديث ولأنه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف ما إذا استكمل المدة ثم سافر لأن الحدث قد سرى إلى القدم والخف ليس برافع ولو أقام وهو مسافر إن استكمل مدة الإقامة نزع لأن رخصة السفر لا تبقى بدونه وإن لم يستكمل أتمها لأن هذه مدة الإقامة وهو مقيم قال ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فإنه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا أنه عليه السلام مسح على الجرموقين ولأنه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما إذا لبس

الجرموق بعدما أحدث لأن الحدث حل بالخف فلا يتحول إلى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح عليه لأنه لا يصلح بدلا عن الرجل إلا أن تنفذ البلة إلى الخف قال ولا يجوز المسح على الجوربين عند أبي حنيفة إلا أن يكونا مجلدين أو منعلين وقالا يجوز إذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي أن النبي عليه السلام مسح على جوربيه ولأنه يمكنه المشي فيه إذا كان ثخينا وهو أن يستمسك على الساق من غير أن يربط بشيء فأشبه الخف وله أنه ليس في معنى الخف لأنه لا يمكن مواظبة المشي فيه إلا إذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه أنه رجع إلى قولهما وعليه الفتوى قال ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين لأنه لا حرج في نزع هذه الأشياء والرخصة لدفع الحرج قال ويجوز المسح على الجبائر وإن شدها على غير وضوء لأنه عليه السلام فعل ذلك وأمر عليا به ولأن الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان أولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على أكثرها ذكره الحسن ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت وإن سقطت الجبيرة عن غير برء لم يبطل المسح لأن العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا وإن سقطت عن برء بطل لزوال العذر وإن كان في الصلاة استقبل لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل

باب الحيض

أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام وهو حجة على الشافعي في التقدير بيوم وليلة وعن أبي يوسف يومان والأكثر من اليوم الثالث إقامة للأكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع وأكثره عشرة أيام والزائد استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة لأن تقدير الشرع يمنع إلحاق غيره به وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة في أيام الحيض حيض حتى ترى البياض خالصا وقال أبو يوسف لا يكون الكدرة حيضا إلا بعد الدم لأنه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي ولهما ما روي أن عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف إلا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر

أو لا كالجي اذا نشبا سفلها وأما الخضرة فالصحيح أن المرأة إذا كانت
من ذوات الأقراء يكون حيضا ويحمل على فساد الغذاء وإن كانت كبيرة لا ترى
غير الخضرة لا يكون حيضا ويحمل على فساد المنبت قال والحيض يسقط عن
الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصيام ولا تقضي الصلوات
لقول عائشة رضي الله عنها كانت احدانا على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلوات ولأن في قضاء
الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصيام ولا تدخل المسجد وكذا
الجنب لقوله عليه السلام فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو باطلاقه حجة
على الشافعي في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت
لأن الطواف في المسجد ولا يأتيها زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى
يطهرن وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله عليه السلام لا تقرأ
الحائض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحائض وهو باطلاقه
يتناول ما دون الآية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف
الا بغلافه ولا أخذ درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث
لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس المصحف الا طاهر ثم الحدث
والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث
فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل
به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم وهو الصحيح لأنه تابع له بخلاف
كتب الشريعة لأهلها حيث يرخص في مسها بالكم لأن فيه ضرورة ولا بأس
بدفع المصحف الى الصبيان لأن في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الأمر بالتطهير
حرجا بهم هذا هو الصحيح قال واذا انقطع دم الحيض لأقل من عشرة أيام
لم يجز وطيها حتى تغتسل لأن الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال
ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها أدنى وقت الصلوة بقدر
ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطيها لأن الصلوة صارت دينا في
ذمتها فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث لم يقربها

حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لأن في العود العادة غالب فكان الاحتياط
في الاجتناب قال وان انقطع الدم لعشرة أيام حل وطيها قبل الغسل لأن
الحيض لا مزيد له على العشرة الا أنه لا يستحب قبل الاغتسال للنهي في القراءة
بالتشديد قال والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي
قال رح هذا احدى الروايات عن أبي حنيفة رح ووجهه أن استيعاب الدم
مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر أوله وآخره كالنصاب في باب
الزكوة وعن أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة رح وقيل هو آخر قوليه أن الطهر
اذا كان أقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لأنه طهر فاسد
فيكون بمنزلة الدم والأخذ بهذا القول أيسر وتمامه يعرف في كتاب
الحيض قال وأقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابرهيم النخعي وعطاء
وأنه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لأكثره لأنه قد يمتد الى سنة وسنتين
فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم ويعرف ذلك في كتاب الحيض
قال ودم الاستحاضة كالرعاف لا يمنع الصوم ولا الصلوة ولا الوطي
لقوله عليه السلام توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم
الصلوة ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع قال ولو زاد الدم على
عشرة أيام ولها عادة معروفة دونها ردت الى أيام عادتها والذي
زاد استحاضة لقوله عليه السلام المستحاضة تدع الصلوة أيام أقرائها و
لأن الزائد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به وان ابتدأت
مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة أيام من كل شهر والباقي استحاضة
لأنا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك

فصل

والمستحاضة ومن به
سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل
صلوة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل
وقال الشافعي رح تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة لقوله عليه السلام المستحاضة
تتوضأ لكل صلوة ولأن اعتبار طهارتها ضرورة أداء المكتوبة فلا تبقى
بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة

وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر اى وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه واذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء لصلوة اخرى وهذا عند اصحابنا الثلثة وقال زفر استانفوا اذا دخل الوقت فان توضأوا حين تطلع الشمس اجزأهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر رحمهما الله اجزأهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اى عنده بالحدث السابق عند ابى حنيفة ومحمد وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابى يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافى للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابى يوسف ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله وبعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلوة العيد له ان يصلى الظهر به عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ مرة للظهر فى وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلى العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هى التى لا يمضى عليها وقت صلوة الا والحدث الذى ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو فى معناها وهو من ذكرناه ومن به استطلاق بطن وانفلات ريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهو يعم الكل

فصل في النفاس

والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذى تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا وقال الشافعى حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن ابى حنيفة ومحمد

وابى يوسف لانه ينفتح فيتنفس به والسقط الذى استبان بعض خلقه ولد حتى تصير نفساء وتصير به ام ولد وكذا تنقضى به العدة قال واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض واكثره اربعون يوما والزيادة استحاضة لحديث ام سلمة ان النبى عليه السلام وقت للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعى رحمه الله فى اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة فى النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا فى الحيض وان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان ولدت ولدين فى بطن واحد فنفاسها من الاول عند ابى حنيفة وابى يوسف وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد من الولد الاخير وهو قول زفر لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضى العدة بالاخير ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع

باب الانجاس

تطهير النجاسة واجب من بدن المصلى وثوبه والمكان الذى يصلى فيه لقوله تعالى وثيابك فطهر وقال عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا فى الثوب وجب فى البدن والمكان لان الاستعمال فى حالة الصلوة يشمل الكل قال ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رح وقال محمد وزفر والشافعى لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس ترك فى الماء للضرورة ولهما ان المائع قالع مزيل والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجس يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن وهو قول ابى حنيفة واحدى الروايتين عن ابى

يوسف وعنده أنه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء. قال وإذا أصاب
الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني فجفت فدلكه بالأرض
جاز وهذا استحسان وقال محمد لا يجوز وهو القياس إلا في المني خاصة
لأن المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكر
إن شاء الله تعالى ولهما قوله عليه السلام فإن كان بهما أذى فليمسحهما
بالأرض فإن الأرض لهما طهور ولأن الجلد لصلابته لا تتداخله أجزاء
النجاسة إلا قليل ثم يجتذبه الجرم إذا جف فإذا زال زال ما قام به وفي الرطب
لا يجوز حتى يغسله لأن المسح بالأرض يكثره ولا يطهره وعن أبي يوسف أنه
إذا مسح بالأرض حتى لم يبق أثر النجاسة يطهر لعموم البلوى وإطلاق ما
يروى وعليه مشايخنا فإن أصابه بول فيبس لم يجزه حتى يغسله وكذا كل
ما لا جرم له كالخمر لأن الأجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما
يتصل به من الرمل جرم له والثوب لا يجزي فيه إلا الغسل وإن يبس لأن
الثوب لتخلخله يتداخله كثير من أجزاء النجاسة فلا يخرجها إلا الغسل والمني
نجس يجب غسله رطبا فإذا جف على الثوب أجزأ فيه الفرك لقوله عليه السلام
لعائشة فاغسليه إن كان رطبا وافركيه إن كان يابسا وقال الشافعي
المني طاهر والحجة عليه ما رويناه وقوله عليه السلام إنما يغسل الثوب من
خمس وذكر منها المني ولو أصاب البدن قال مشايخنا يطهر بالفرك لأن البلوى
فيه أشد وعن أبي حنيفة رح أنه لا يطهر إلا بالغسل لأن حرارة البدن جاذبة فلا يعود
إلى الجرم والبدن لا يمكن فركه قال والنجاسة إذا أصابت المرآة أو السيف
اكتفي بمسحهما لأنه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح قال وإذا
أصابت الأرض نجاسة فجفت بالشمس وذهب أثرها جازت الصلاة على
مكانها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لأنه لم يوجد المزيل ولهذا
لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام زكاة الأرض يبسها وإنما لا يجوز
التيمم لأن طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت
بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج

وبول الحمار جازت الصلاة معه وإن زاد لم تجز وقال زفر والشافعي رحمهما
الله قليل النجاسة وكثيرها سواء لأن النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا أن
القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم أخذا عن موضع
الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في
الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه
مثقالا وقيل في التوفيق بينهما أن الأولى في الرقيق والثانية في الكثيف و
إنما كانت نجاسة هذه الأشياء مغلظة لأنها تثبت بدليل مقطوع به وإن
كان مخففا كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى
ذلك عن أبي حنيفة رح لأن التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل
في حق بعض الأحكام وعنه ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر وقيل
ربع الموضع الذي أصابه كالذيل والكم والدخريص وعن أبي يوسف شبر في
شبر وإنما كان مخففا عند أبي حنيفة وأبي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته
أو لتعارض النصين على اختلاف الأصلين قال وإذا أصاب الثوب من الروث
أو أخثاء البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند أبي حنيفة رح
لأن النص الوارد في نجاسته وهو ما روي أنه عليه السلام رمى بالروثة وقال
هذا رجس أو ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف
بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لأن للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت
التخفيف عندهما ولأن فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في
التخفيف بخلاف بول الحمار لأن الأرض تنشفه قلنا الضرورة في النعال
وقد أثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فيكتفى مؤنتها ولا فرق بين مأكول
اللحم وغير مأكول اللحم وزفر فرق بينهما فوافق أبا حنيفة في غير المأكول
ووافقهما في المأكول وعن محمد أنه لما دخل الري ورأى البلوى أفتى بأن
الكثير الفاحش لا يمنع أيضا وقاسوا عليه طين بخارى وعند ذلك رجوعه
في الخف يروى قال وإن أصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند أبي
حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد لا يمنع وإن فحش لأن بول ما يؤكل لحمه

طاهر عنده مخفف نجاسته عند ابي حنيفة وابي يوسف ولحمه ماكول عندهما
واما عند ابي حنيفة فالتخفيف لتعارض الآثار وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه
من الطيور اكثر من قدر الدرهم اجزأته الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز فقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار
وهو الاصح هو يقول لا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما انها
تذرق من الهواء والتحامي متعذر فيتحقق الضرورة ولو وقع في الاناء
قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وان اصابه من دم السمك
او من لعاب البغل او الحمار اكثر من قدر الدرهم اجزأته الصلوة فيه اما
دم السمك فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف انه اعتبر
فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك
فيه فلا يتنجس به الطاهر وان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس
بشيء لانه لا يستطاع الامتناع عنه قال والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية
فما كان منها مرئيا فطهارتها زوال عينها لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين
فيزول بزوالها الا ان يبقى من اثرها ما يشق ازالته لان الحرج موضوع شرعا
وهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة
واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارتها ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل
انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب
الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم
السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد
من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج

فصل

الاستنجاء سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه
يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه
عدد مسنون وقال الشافعي رح لا بد من التثليث لقوله عليه السلام وليستنج
بثلثة احجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر ومن فعل فحسن ومن لا فلا
حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له

ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون
ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل هو سنة في زماننا
ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان
موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل بالسبع قال ولو جاوزت النجاسة مخرجها
لم يجز الا الماء وفي بعض النسخ الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير
العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع
الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة
وابي يوسف لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد مع موضع الاستنجاء اعتبارا
بسائر المواضع قال ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عليه السلام نهى
عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي
العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة واسراف ولا بيمينه لانه
عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين

كتاب الصلوة

باب المواقيت

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني و
هو المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبريل
عليه السلام فانه ام رسول الله فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم
الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين
هذين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي
يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر
المستطيل وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيها واول وقت الظهر
اذا زالت الشمس لامامة جبريل عليه السلام في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر
وقتها عند ابي حنيفة رح اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا
اذا صار الظل مثله وهو رواية عن ابي حنيفة رح وفيء الزوال هو الفيء الذي
يكون للاشياء وقت الزوال لهما امامة جبريل في اليوم الثاني في هذا الوقت
وله قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر
في ديارهم كان في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك

وأول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب
الشمس لقوله عليه السلم من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها
وأول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال
الشافعي مقداره ما يصلي فيه ثلث ركعات لان جبرئيل عليه السلم ام في
اليومين في وقت واحد ولنا قوله عليه السلم اول وقت المغرب حين تغرب
الشمس وآخره حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو
البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة رح وقالا هو الحمرة وهو
رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلم الشفق الحمرة
ولابي حنيفة قوله عليه السلم وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على
ابن عمر رض ذكره مالك في الموطأ وفيه اختلاف الصحابة رض واول وقت العشاء
اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلم وآخر وقت العشاء
حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت
الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلم في الوتر فصلوها ما
بين العشاء الى طلوع الفجر قال رح وعند ابي حنيفة رح وقته وقت العشاء
الا انه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب فصل ويستحب الاسفار بالفجر
لقوله عليه السلم اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي يستحب التعجيل
في كل صلوة والحجة عليه ما روينا وما نرويه قال والابراد بالظهر في
الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا ولرواية انس رض كان النبي عليه السلم
اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها قال وتأخير العصر
ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده
والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتأخير
اليه مكروه قال ويستحب تعجيل المغرب لان تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه
باليهود وقال عليه السلم لا تزال امتي بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء قال
وتأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله عليه السلم لولا ان اشق على امتي
لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف

يعجل كيلا تتقلل الجماعة والتأخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة
وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الاباحة
والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله قال
ويستحب في الوتر لمن يألف صلوة الليل ان يؤخره الى آخر الليل فان لم يثق
بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله عليه السلم من خاف ان لا يقوم آخر الليل فليوتر
اوله ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل واذا كان يوم غيم فالمستحب
في الفجر والظهر والمغرب تأخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها لان في تأخير
العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت
المكروه ولا توهم في الفجر لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة رح التأخير
في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله فصل
في الاوقات التي تكره فيها الصلوة لا تجوز الصلوة عند طلوع الشمس ولا
عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة بن عامر رض قال ثلثة اوقات نهانا
رسول الله عليه السلم ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس
حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيفت للغروب حتى تغرب والمراد
بقوله وان نقبر صلوة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة
على الشافعي في تخصيص الفرائض مطلقا والنوافل بمكة وحجة على ابي يوسف في
اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال قال ولا صلوة جنازة لما روينا ولا
سجدة تلاوة لانها في معنى الصلوة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب
هو الجزء القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق
بالجزء الماضي فالمؤدي في آخر الوقت قاض فاذا كان كذلك فقد اداها كما
وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا تتأدى بالناقص
قال رحمه الله المراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة
حتى لو صلاها فيها او تلا سجدة فيها وسجدها جاز لانها اديت ناقصة
كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى
تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي ان النبي عليه السلم نهى

عند ذلك قال ولا بأس بأن يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة و
يصلي على الجنازة لأن الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا
لمعنى في الوقت فلم يظهر في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهر
في حق المنذور لأنه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف و
صيانة المؤدي ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر لأن النبي
عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلاة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض
لما فيه من تأخير المغرب ولا إذا خرج الإمام للخطبة يوم الجمعة إلى أن يفرغ لما فيه
من الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الأذان

الأذان سنة للصلوات الخمس والجمعة للنقل المتواتر وصفة الأذان معروفة وهو
كما أذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو أن يرجع فيرفع صوته
بالشهادتين بعدما خفض بهما وقال الشافعي رحمه الله فيه ذلك لحديث أبي
محذورة أن النبي عليه السلام أمره بالترجيع ولنا أنه لا ترجيع في المشاهير و
كان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح الصلاة
خير من النوم مرتين لأن بلالا قال الصلاة خير من النوم حين وجد النبي عليه
السلام راقدا فقال عليه السلام ما أحسن هذا اجعله في أذانك وخص الفجر به لأنه
وقت نوم وغفلة والإقامة مثل الأذان إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت
الصلاة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على
الشافعي في قوله إنها فرادى فرادى إلا قوله قد قامت الصلاة قال ويترسل في
الأذان ويحدر في الإقامة لقوله عليه السلام إذا أذنت فترسل وإذا أقمت فاحدر
وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لأن النازل من السماء أذن
مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفة السنة
ويحول وجهه للصلاة والفلاح يمنة ويسرة لأنه خطاب للقوم فيواجههم به
وإن استدار في صومعته فحسن ومراده إذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا
مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بأن كانت الصومعة متسعة فأما من غير
حاجة فلا والأفضل للمؤذن أن يجعل إصبعيه في أذنيه بذلك أمر النبي عليه السلام

بلالا ولأنه أبلغ في الإعلام وإن لم يفعل فحسن لأنها ليست بسنة أصلية قال
والتثويب في الفجر حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الأذان والإقامة
حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه العود إلى الإعلام بعد الإعلام وهو على حسب ما
تعارفوه وهذا تثويب أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير أحوال الناس
وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور
التواني في الأمور الدينية قال أبو يوسف لا أرى بأسا أن يقول المؤذن للأمير
في الصلوات كلها السلام عليك أيها الأمير ورحمة الله وبركاته حي على الصلاة
حي على الفلاح الصلاة يرحمك الله واستبعده محمد رح لأن الناس سواسية في
أمر الجماعة وأبو يوسف خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بأمور المسلمين كيلا
تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي قال ويجلس بين الأذان والإقامة
إلا في المغرب وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا يجلس في المغرب أيضا جلسة خفيفة
لأنه لا بد من الفصل إذ الوصل مكروه ولا يقع بالسكتة لوجودها بين كلمات
الأذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولأبي حنيفة رح أن التأخير مكروه فيكتفي بأدنى الفصل
احترازا عنه والمكان في مسألتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك
الخطبة وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق قد ذكرنا
قال يعقوب رأيت أبا حنيفة رح يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس يفيد ما قلنا
وأن المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم قال
ويؤذن للفائتة ويقيم لأن النبي عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس بأذان
وإقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالإقامة فإن فاتته صلوات أذن
للأولى وأقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي إن شاء أذن وأقام ليكون
القضاء على حسب الأداء وإن شاء اقتصر على الإقامة لأن الأذان للاستحضار
وهم حضور قال رحمه الله وعن محمد أنه يقيم لما بعدها قالوا يجوز أن يكون
هذا قولهم جميعا قال وينبغي أن يؤذن ويقيم على طهر فإن أذن على غير
وضوء جاز لأنه ذكر وليس بصلاة فكان الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة و
يكره أن يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الإقامة والصلاة ويروى أنه

لا يكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى انه يكره الاذان ايضا لانه
يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة وجه
الفرق على احدى الروايتين وهو ان للاذان شبها بالصلوة فيشترط الطهارة
عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على
غير وضوء واقام لا يعيد والجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول
فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه ان
يعاد الاذان ولا يعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة
وقوله وان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها جائزة بدون الاذان والاقامة
قال وكذلك المراة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة ولا يؤذن
لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام وقبل الوقت
تجهيل وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي رح يجوز للفجر في النصف الاخير من
الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال لا تؤذن حتى
يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا قال والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه
السلم لابني ابي مليكة اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو
اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حضور والاقامة
لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة
ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رح اذان الحي
يكفينا

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

يجب على
المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه قال الله تعالى
وثيابك فطهر وقال وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا
زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقال عليه السلم لا صلوة
لحائض الا بخمار اي لبالغة قال وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله
عليه السلم عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز
ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي والركبة
من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى وعملا بقوله

عليه السلام الركبة من العورة وبدن المراة الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها
لقوله عليه السلم المراة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما
قال رح وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو
الاصح فان صلت وثلث ساقها او ربعها مكشوف تعيد الصلوة عند ابي
حنيفة ومحمد وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان
كان اقل من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل
منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن
حد القلة او عدم الدخول في ضده ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال كما
في مسح الراس والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان
لم ير الا احد جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا
الاختلاف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الراس هو الصحيح
وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف
والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان
عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى
ذلك من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه القي عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر
حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج قال ومن لم يجد
ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب
او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه لان ربع الشيء يقوم
مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد وهو احد قولي
الشافعي رحمه الله لان في الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عاريا
ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف يتخير بين ان يصلي عريانا وبين
ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز الصلوة حالة
الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلوة وترك
الشيء الى خلف لا يكون تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة

واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع
والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فان صلى قائما
اجزاه لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان
فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلوة
وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان قال وينوي
الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل والاصل
فيه قوله عليه السلم الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة بالقيام وهو متردد
بين العادة والعبادة ولا يقع التميز الا بالنية والمتقدم على التكبير كالقائم
عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتاخرة
منها عنه لان ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوز للضرورة
والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان
فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلوة نفلا يكفيه
مطلق النية وكذا ان كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا لا بد من تعيين
فرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا بغيره ينوي
الصلوة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد من التزامه
قال ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة
ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان
التكليف بحسب الوسع ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر
فاشبه حالة الاشتباه فان اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله
عنها اجتهد لان الصحابة رض تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله ولان
العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق
التحري فان علم انه اخطأ بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعي رح يعيدها
اذا استدبر لتيقنه بالخطاء ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة
التحري والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك في الصلوة استدار الى القبلة
لان اهل قبا لما سمعوا بتحول القبلة استداروا وهم ركوع واستحسنه النبي عم

وكذا اذا تحول رايه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما
يستقبل من غير نقض المؤدى قبله ومن ام قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة و
صلى الى المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه و
لا يعلمون ما صنع الامام اجزاهم لوجود التوجه الى جهة التحري وهذه المخالفة
غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلوته لانه
اعتقد امامه على الخطاء وكذا اذا كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرايض الصلوة ست التحريمة
لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا
لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والركوع والسجود
لقوله تعالى اركعوا واسجدوا والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله
عليه السلم لابن مسعود حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت
صلوتك علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم
السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب
فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة الاولى وقراءة التشهد في القعدة الاخيرة
والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت
فيه ولهذا يجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها في الكتاب سنة
لانه ثبت وجوبها بالسنة قال واذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال
عليه السلم تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى ان من تحرم
للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع هو يقول يشترط لها ما يشترط لسائر
الاركان وهذا آية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه في النص ومقتضاه
المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من
القيام ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة لان النبي عليه السلم واظب عليه وهذا
اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي
والاصح انه يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم
على الاثبات ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي رح

يرفع الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد
قال كان النبي عليه السلام اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل والبراء
وانس ان النبي عليه السلام كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليدين
لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر والمرأة ترفع حذاء
منكبيها هو الصحيح لانه استر لها وان قال بدل التكبير الله اجل واعظم او الرحمن
اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله اجزاه عند ابي حنيفة رحمه الله
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح ان كان يحسن التكبير لا يجزيه الا قوله الله اكبر
الله الاكبر الله الكبير وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا بالاولين وقال مالك
لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي رحمه الله يقول
ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف رحمه الله يقول
ان افعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا
على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة
بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية
اجزاه عند ابي حنيفة وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسن العربية اجزاه اما
الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة رح في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية
لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه
قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفي بالمعنى
كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة رح قوله تعالى
وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه
يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية
هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد
ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد
والخطبة والتشهد على هذا الخلاف وفي الاذان يعتبر التعارف وان افتتح
الصلوة باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو
قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله وقد قيل لا يجزيه لان معناه يا الله

امنا بخير فكان سؤالا قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة لقوله
عليه السلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في
الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب
الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي يوسف
حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا
فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين
تكبيرات الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف انه
يضم اليه قوله وجهت وجهي الى آخره لرواية علي رض انه عليه السلام كان يقول
ذلك ولهما رواية انس رحمه الله ان النبي عليه السلام كان اذا افتتح الصلوة
كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولا يزيد على هذا وما رواه محمول
على التهجد وقوله وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض
والاولى ان لا يأتي بالتوجه قبل التكبير لتتصل النية به هو الصحيح قال و
يستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ
بالله من الشيطان الرجيم معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول
استعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة
دون الثناء عند ابي حنيفة ومحمد لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي
ويؤخر عن تكبيرات العيد قال ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في
المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ
والتسمية وامين وقال الشافعي رحمه الله يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة
لما روي انه عليه السلام جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم
لان انسا اخبر انه عليه السلام كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة رح انه لا
يأتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ وعنه انه يأتي بها احتياطا وهو قولهما
ولا يأتي بها بين الفاتحة والسورة الا عند محمد رح فانه يأتي بها في صلوة
المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة او ثلث آيات من اي سورة شاء
فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي

رحمه الله في الفاتحة ولمالك فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة الا بفاتحة
الكتاب وسورة معها وللشافعي رحمه الله قوله عليه السلام لا صلوة الا
بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه
بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا
الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله عليه السلام اذا امن الامام فامنوا
ولا متمسك لمالك في قوله عليه السلام اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا
آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره فان الامام يقولها ويخفونها لما
روينا من حديث ابن مسعود ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد
والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش قال ثم يكبر ويركع وفي
الجامع الصغير يكبر مع الانحطاط لان النبي عليه السلام كان يكبر عند كل
خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطأ من حيث الدين
لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه و
يفرج بين اصابعه لقوله عليه السلام لانس اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك
وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة ليكون امكن من
الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة
قال ويبسط ظهره لان النبي عليه السلام كان اذا ركع بسط ظهره ولا يرفع
رأسه ولا ينكسه لان النبي عليه السلام كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه
ويقول سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع
رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها
الامام عند ابي حنيفة رح وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة ان
النبي عليه السلام كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه
وله قوله عليه السلام اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد
وهذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا ياتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا
للشافعي رح ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع
الامامة والذي رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح

قوله ولا ينكسه التنكيس والنكس والتصويب بمعنى الخفض الا ان التنكيس ابلغ وقوله لا يقنعه اي لا يرفعه وفي التنزيل مقنعي رؤسهم اي رافعيها

يقال صوب رأسه خفضه مغرب

وان كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة
عليه آت به معنى قال ثم اذا استوى قائما كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما
بينا واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة
في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد وقال ابو يوسف يفترض
ذلك وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام قم فصل فانك لم تصل قاله
لاعرابي حين اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض
لغة فيتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي
آخر ما روى تسميته اياه صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت
من صلوتك ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمأنينة في تخريج
الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده قال
ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن حجر وصف صلوة رسول الله فسجد
وادعم على راحتيه ورفع عجيزته قال ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء اذنيه
لما روي انه عليه السلام فعل كذلك قال وسجد على انفه وجبهته لان النبي
عليه السلام واظب عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا
يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية عنه لقوله عليه السلام
امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة وله ان السجود يتحقق بوضع
بعض الوجه وهو المامور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور فيما روي
الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود
دونهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود
فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز لان النبي عليه السلام كان
يسجد على كور عمامته ويروى انه عليه السلام صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله
حر الارض وبردها قال ويبدي ضبعيه لقوله عليه السلام وابد ضبعيك
ويروى وابدد من الابداد وهو المد والاول من الابداء وهو الاظهار
ويجافي بطنه عن فخذيه لان النبي عليه السلام كان اذا سجد جافى حتى ان بهمة
لو ارادت ان تمر بين يديه مرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي كيلا يؤذي

جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه السلام اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله عليه السلام اذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عليه السلام كان يختم بالوتر فان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها قال ثم يرفع رأسه ويكبر لما روينا فاذا اطمأن جالسا كبر وسجد لقوله عليه السلام في حديث الاعرابي ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه ان كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا فيتحقق الثانية قال فاذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي انه عليه السلام فعل ذلك ولنا حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها قال ويفعل في الثانية ما يفعل في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي رحمه الله في الركوع والرفع منه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبعة مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج و الذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير قال واذا رفع رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله

عنها قعود رسول الله عليه السلام في الصلوة ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث وائل ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة فان كانت امرأة جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها قال والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته الى آخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود فانه قال اخذ رسول الله بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الى آخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا الى آخره لان فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتأكيد التعليم قال ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود علمني رسول الله التشهد في وسط الصلوة وآخرها فاذا كان وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان آخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء قال ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتادة ان النبي عليه السلام قرأ في الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض في الركعتين على ما يأتيك من بعد ان شاء الله قال وجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى لما روينا من حديث وائل وعائشة ولانها اشق على البدن من التورك الذي يميل اليه مالك والذي يروى انه عليه السلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي او يحمل على حالة الكبر قال وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي عليه السلام وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي رح فيهما لقوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم وان شئت ان تقعد فاقعد ثم الصلوة على النبي عليه السلام خارج الصلوة واجبة اما مرة كما قاله الكرخي او كلما ذكر النبي عليه السلام كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير قال ودعا بما شاء مما يشبه الفاظ القرآن والادعية المأثورة لما روينا

من حديث ابن مسعود رض وقال له النبي عليه السلام ثم اختر من الدعاء اطيبها
واعجبها اليك وبدأ بالصلوة على النبي عليه السلام ليكون اقرب الى الاجابة
ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ
وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل
كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول
لاستعمالها فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول
السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود ان النبي عليه
السلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض
خده الايسر وينوي من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثاني
لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا من لا شركة له في
صلوته هو الصحيح لان الخطاب يخص الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية امامه فان
كان الامام من الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه نواه في
الاول عند ابي يوسف ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة
نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لانه ليس معه
سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا
لان الاخبار في عددهم قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة
لفظة السلام واجبة عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي رحمه الله هو يتمسك
بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث
ابن مسعود رض والتخيير ينافي الفرضية والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب بما رويناه
احتياطا وبمثله لا يثبت الفرض **فصل** في القراءة ويجهر بالقراءة في الفجر و
الركعتين الاوليين من المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا
هو المتوارث وان كان منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في
حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء
على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله عليه
السلام صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك

والحجة عليه ما روينا ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر
وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد و
هذا لانه مكمل له فيكون تبعا قال ومن فاتته العشاء فصلاها بعد طلوع
الشمس ان أمّ فيها جهر كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم حين قضى الفجر غداة ليلة
التعريس بجماعة وان كان وحده خافت ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص
اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما و
من قرأ في العشاء في الاوليين السورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد في
الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة
وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما
لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين
ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في
الاخريين تترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك
السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب
وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها ان كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة
فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر
والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان
يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا عند الهندواني لان مجرد حركة اللسان
لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال الكرخي ادنى الجهر ان يسمع نفسه وادنى المخافتة تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان
دون الصماخ وفي لفظة الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق
بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك قال وادنى ما يجزئ من
القراءة في الصلوة آية عند ابي حنيفة رح وقالا ثلث آيات قصار او آية
طويلة لانه لا يسمى قارئا بدونه فاشبه قراءة ما دون الآية وله قوله تعالى
فاقرؤا ما تيسر من القرآن من غير فصل الا ان ما دون الآية خارج والآية
ليست في معناه قال وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب واي سورة شاء لما روي
ان النبي عليه السلام قرأ في صلوة الفجر في السفر بالمعوذتين ولان السفر اثر

في اسقاط شرط الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان
على عجلة من السير وان كان على امنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج و
انشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ في الفجر في الحضر في الركعتين
باربعين آية او خمسين سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين و
من ستين الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة
وبالكسالى اربعين وبالاوساط ما بين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول
الليالي وقصرها والى كثرة الاشغال وقلتها قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما
في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه لانه وقت الاشغال فينقص عنه تحرزا
عن الملال والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون
ذلك يقرأ فيها بالقصار المفصل وفي المغرب والاصل فيه كتاب عمر رض الى
ابي موسى الاشعري ان اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء
باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف
اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان بالتطويل في وقت
غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط قال ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية
اعانة للناس على ادراك الجماعة قال وركعتا الظهر سواء عندهما وقال محمد
رحمه الله احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روي
انه عليه السلام كان يطيل الركعة الاولى على غيرها في الصلوات كلها ولهما ان
الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت
نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا
معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه
من غير حرج قال وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها
لاطلاق ما تلونا ويكره ان يوقت لشيء من الصلوات لما فيه من هجران الباقي و
ابهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة له
ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام من كان له امام
فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة رحمهم الله وهو ركن مشترك بينهما

لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع قال عليه السلام واذا قرأ فانصتوا و
يستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد رح ويكره عندهما لما فيه من الوعيد
قال ويستمع وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب والترهيب لان الاستماع
فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة
وكذلك ان صلى على النبي عليه السلام لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله
تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه الآية فيصلي السامع في نفسه واختلفوا
في النائي عن المنبر والاحوط هو السكوت اقامة لفرض الانصات ه

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله
عليه السلام الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس
بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف اقرأهم لان القراءة لا بد منها و
الحاجة الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد
والعلم لسائر الاركان فان تساووا فاقرأهم لقوله عليه السلام يؤم القوم
اقرأهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة واقرأهم كان
اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا
فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم
تقي فكانما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله عليه السلام لابني مليكة
وليؤمكما اكبركما ولان في تقديمه تكثير الجماعة قال ويكره تقديم العبد لانه
لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر
دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب
عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز لقوله
عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول بهم الامام الصلوة لقوله عليه
السلام من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض والكبير و
ذا الحاجة ويكره للنساء وحدهن الجماعة لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم و
هو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة فان فعلن قامت الامام
وسطهن لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على

ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن
يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنه فانه عليه السلام صلى به واقامه عن يمينه ولا يتأخر
عن الامام وعن محمد انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر
وان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه خالف السنة وان ام اثنين
تقدم عليهما وعن ابي يوسف رح انه يتوسطهما ونقل ذلك عن ابن مسعود رض
ولنا انه عليه السلام تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما فهذا للافضلية و
الاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي اما
المرأة فلقوله عليه السلام اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها
واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح و
السنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد رح في النفل المطلق والمختار انه لا يجوز في الصلوات
كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد
بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه
فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة
قال ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام ليلني منكم
اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرون وان حاذته امرأة وهما
مشتركان في صلوة فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا
تفسد وهو قول الشافعي اعتبارا بصلوتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان
ما رويناه وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض
المقام فتفسد صلوته دون صلوتها كالمأموم اذا تقدم على الامام وان لم
ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها
عندنا خلافا لزفر رحمه الله الا يرى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف
على التزامه كالاقتداء وانما يشترط نية الامامة اذا ائتمت محاذية وان
لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد في الاول
لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة

وان تكون مطلقة وان تكون المرأة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل
لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره
لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا باس
للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يخرجن
في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان
فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر و
الجمعة اما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة
متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره قال ولا يصلي الطاهر خلف من
هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى
حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى تضمن
صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القاري خلف الامي ولا المكتسي خلف
العاري لقوة حالهما قال ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة
بالماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح
الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح
بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي القائم
خلف القاعد وقال محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ونحن تركناه
بالنص وهو ما روي انه عليه السلام صلى آخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام
ويصلي المومي خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام
مضطجعا لان القعود معتبر فيثبت به القوة قال ولا يصلي الذي يركع و
يسجد خلف المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر رح ولا يصلي
المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق
الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا
آخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي يصح في
جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن

الامام ضامن

مراعىً ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو
موجود في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث
اعاد لقوله عليه السلام من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته
واعادوا وفيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى
التضمن وذلك بالجواز والفساد واذا صلى امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين
فصلوتهم فاسدة عند ابي حنيفة رح وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ تامة
لانه معذور ام قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري
عراة ولابسين وله ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد
صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري يكون قراءته قراءة له بخلاف تلك
المسئلة وامثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي
ولو كان يصلي الامي وحده والقاري وحده جاز هو الصحيح لانه لم تظهر منهما
رغبة في الجماعة فان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا فسدت
صلوتهم وقال زفر رح لا تفسد لتأدي فرض القراءة ولنا ان كل ركعة
صلوة فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي
لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد

باب

الحدث في الصلوة ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فان كان اماما
استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي رح لان الحدث
ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام
من قاء او رعف او امذى في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم
يتكلم وقال عليه السلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم
من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمد فلا يلحق به والاستيناف
افضل تحرزا عن شبهة الاختلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي
يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى
مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما
حائل قال ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلوة

وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية
عن محمد لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد
الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح
بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من
غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد
صلوته وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق ما
توهمه يستقبلها فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد
ولو تقدم قدامه فالحد السترة وان لم يكن فمقدار الصفوف في الصحراء له حكم المسجد
خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب قال وان جن او نام فاحتلم
او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد
به النص وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع قال وان حصر
الامام عن القراءة فقدم غيره اجزأهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجزيهم
لانه يندر وجوده فلذا ان الاستخلاف لعلة العجز وهو هنا الزم والعجز عن القراءة
غير نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى
الاستخلاف قال وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب
عليه فلا بد من التوضئ ليأتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل
عملا ينافي الصلوة تمت صلوته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة
عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان فان رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت
صلوته وقد مر من قبل وان رآه بعد ما قعد قدر التشهد او كان ماسحا فانقضت
مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد ثوبا
او موميا فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث الامام القاري
فاستخلف اميا او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان
ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة
ومن بمعناها بطلت الصلوة في قول ابي حنيفة وقيل الاصل فيه ان الخروج من
الصلوة بصنع المصلي فرض عنده وعندهما ليس بفرض فاعتراض هذه العوارض

عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها
بعد التسليم لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رض وله انه لا يمكنه اداء
صلوة اخرى الا بالخروج من هذه وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون
فرضا ومعنى قوله عليه السلم تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد
حتى يجوز في حق القاري وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم
صلاحيته للامامة قال ومن اقتدى بامام بعد ما صلى ركعة فاحدث
الامام فقدمه اجزاه لوجود المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم
مدركا لانه اقدر على اتمام صلوته وينبغي لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن
التسليم فلو تقدم يبتدي من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى
الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث
متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة القوم تامة لان
المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام
الاول ان كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح فان لم
يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت
صلوة الذي لم يدرك اول صلوته عند ابي حنيفة رح وقالا لا تفسد وان
تكلم او خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء
على صلوة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوة المقتدي
وصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي يلاقيه من
صلوة الامام فيفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء
والمسبوق محتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه و
الكلام في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلوة
قال ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي احدث
فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو
كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة
ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع راسه من

سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى لتقع الافعال
مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزاه لان الانتقال مع الطهارة شرط وعن
ابي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة عنده فرض قال ومن ام
رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالماموم امام نوى او لم ينو لما فيه
من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم هنا ويتم الاول
صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي
او امرأة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد
لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت
صلوته خلافا للشافعي رحمه الله في الخطاء والنسيان ومفزعه الحديث المعروف
ولنا قوله عليه السلم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس و
انما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول على رفع الاثم
بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما
في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب قال فان ان فيها او تاوه او بكى
فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة
الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيها اظهار الجزع و
التاسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف ان قوله آه لم تفسد في
الحالين واوه تفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين
وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد وحروف
الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس في
متفاهم العرف يتبع وجود الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها
زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به حروف ينبغي ان
يفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف قال
ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري
في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع

ان ام واحدا فاحدث الامام وخرج من المسجد فالماموم امام بلا نص
اي من غير حاجة الى ان ينوي الامام امامته لان النية للتعيين وهو
متعين في الصورة المذكورة ان اصلح ذلك الماموم للامامة
وان لم يصلح بان كان امراة او صبيا او خنثى او امّيا
او اخرس او متنفلا خلف المفترض او مقيما خلف المسافر في القضاء
قيل وقيل
يعني اختلف فيه فقال بعضهم تتعين للامامة
ثم تبطل صلوة الامام في رواية كما لو استخلفه
قصدا فلا تبطل في اخرى لان الامامة انتقلت
منه من غير صنعه وقال بعضهم لا تتعين
للامامة ثم تبطل صلوة الامام والمقتدي
في رواية وتبطل صلوة المقتدي دون صلوة
الامام في اخرى وفي الكافي الاصح من
الروايات ... اذا لم يستخلفه واما اذا
استخلفه فبالاجماع تبطل صلوة الامام
المستخلف

باب ما يفسد الصلوة

الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا قال وان استفتح ففتح عليه في صلوته
فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان
من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى
القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام بنفسه قاطع وان قل وان
فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان
هذا من اعمال الصلوة معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح
لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى
تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين و
التلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا
يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى قال ولو اجاب في
الصلوة رجلا بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف لا يكون مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد جوابه له
انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب و
هو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع على الخلاف في الصحيح وان
اراد اعلامه انه في الصلوة لم تفسد بالاجماع لقوله عليه السلام اذا نابت
احدكم نائبة في الصلوة فليسبح قال ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر
او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح
الظهر بعد ما صلى ركعة منها فهي هي ويجتزي بتلك الركعة لانه نوى
الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله واذا قرا
الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة رح وقالا هي تامة لانها
عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب وله
ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف
فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى
الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا يفسد صلوته
بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرا كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند

محمد لان المقصود هنالك الفهم اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير قال
وان مرت امراة بين يدي المصلي لم تقطع الصلوة لقوله عليه السلام لا يقطع
الصلوة مرور شيء الا ان المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي
ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل
ولا يكون بينهما حائل وتحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان
وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا
لقوله عليه السلام ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة
الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر
من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة لقوله عليه السلام من صلى
الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه الايمن او الايسر به ورد
الاثر وسترة الامام سترة للقوم لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة الى عنزة
ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل
به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عليه
السلام فادرؤا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة كما فعل النبي عليه السلام بولدي
ام سلمة او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية

فصل

ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه السلام ان الله
تعالى كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلوة ولان العبث خارج من
الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث الا ان
لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلام مرة يا ابا ذر والا فذر
ولان فيه اصلاح صلوته قال ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه السلام لا تفرقع
اصابعك وانت تصلي قال ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لان النبي
عليه السلام نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون
ولا يلتفت لقوله عليه السلام لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر بمؤخر
عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عليه السلام كان
يلاحظ اصحابه في الصلوة بموق عينيه قال ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه

لقوله ابي ذر نهاني خليلي عن ثلاث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء
الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض
وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح قال ولا يرد السلم بلسانه لانه كلام
ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته ولا يتربع
الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود قال ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره
على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روي انه عليه السلم نهى ان
يصلي الرجل وهو معقوص قال ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه
لانه عليه السلم نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على راسه وكتفيه ثم
يرسل اطرافه من جوانبه قال ولا ياكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة
فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة
الصلوة مذكرة ولا باس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في
الطاق ويكره ان يقوم في الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث
تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره ان
يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية
لانه ازدراء بالامام قال ولا باس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث
لان ابن عمر رح ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره ولا باس بان يصلي
وبين يديه سيف معلق او مصحف معلق لانهما لا يعبدان وباعتبارهما
تثبت الكراهة ولا باس بان يصلي على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة
بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة واطلق الكراهة
في الاصل لان المصلى معظم ويكره ان يكون فوق راسه في السقف او بين يديه
او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبريل عليه السلم انا لا ندخل
بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر
لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد ولو كان التمثال مقطوع الراس اي ممحو
الراس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الراس فصار كما اذا صلى الى
شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط

مفروش لا يكره لانها تداس وتوطا بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة
او كانت على السترة لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان يكون امام المصلي ثم
من فوق راسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير
يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها
وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا
يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد قال ولا باس بقتل الحية والعقرب
في الصلوة لقوله عليه السلم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان
فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار ويستوي فيه جميع انواع الحيات هو
الصحيح لاطلاق ما روينا قال ويكره عد الاي والتسبيحات باليد في
الصلوة وكذا عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف
ومحمد رح انه لا باس بذلك في الفرايض والنوافل جميعا مراعاة لسنة
القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع
فيستغني عن العد بعده **فصل** ويكره استقبال القبلة بالفرج في
الخلاء لانه عليه السلم نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه
من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير موازٍ للقبلة
وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه موازٍ لها وما
ينحط منه ينحط اليها قال وتكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان
سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف
بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا باس بالبول فوق بيت فيه
مسجد والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم ياخذ حكم المسجد وان ندبنا
اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا باس به
اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة قال ولا باس ان ينقش
المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا باس اشارة الى انه لا يوجر
عليه لكنه لا ياثم وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي
فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش

حتى لو فعل يضمن وهو خلاف الشافعي

باب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة رح وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة قوله عليه السلم ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لم يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعنى بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفي باذانه واقامته قال والوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلم كان يوتر بثلث وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلث وهو احد اقوال الشافعي رح وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك والحجة عليهما ما رويناه ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي بعده لما روي انه عليه السلم قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي انه عليه السلم قنت قبل الركوع وما زاد على نصفه فهو آخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي رح في غير النصف الاخير من رمضان لقوله عليه السلم للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل قال ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن فاذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي في الفجر لما روى ابن مسعود رض انه عليه السلم قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته

كالفصد ونحوه لا يجزيه الاقتداء به والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر وركعتان بعدها واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عليه السلم من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة رح على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله النبي عليه السلم وفيه خلاف الشافعي رح قال ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء اربعا وتكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة رح ان صلى ثماني ركعات بتسليمة جاز وتكره الزيادة على ذلك وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل الكراهة انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي مثنى مثنى فيهما وعند ابي حنيفة فيهما اربع اربع للشافعي رحمه الله قوله عليه السلم صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولانه عليه السلم كان يصلي بعد صلوة العشاء اربعا رواه عائشة رضي الله عنها وكان صلى الله عليه وسلم يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة لا يخرج عنه بتسليمتين وعلى القلب والتراويح تؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا

فصل

القراءة في الفرض واجبة في الركعتين وقال الشافعي

في الركعات كلها لقوله عليه السلام لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة و
قال مالك رح في ثلاث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا
والامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا
بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فيفارقانهما
في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما و
الصلوة فيما روي مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة وهي الركعتان
عرفا كمن حلف لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في
الاخريين معناه ان شاء قرأ وان شاء سكت وان شاء سبح كذا روي
عن ابي حنيفة رح وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم
الا ان الافضل ان يقرأ لانه عليه السلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو
بتركها في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع
الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة والقيام الى الثالثة
بمنزلة تحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في
المشهور عن اصحابنا رح ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر
فللاحتياط قال ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها وقال الشافعي
رح لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى
وقع قربة فيلزمه الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان وان صلى اربعا و
قرأ في الاولى وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد
تم والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتدأة فيكون ملزما هذا اذا افسد
الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني
لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان
الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول لا تتعلق
بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل
يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة قال وان صلى اربعا ولم يقرأ
فيهن شيئا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد وعند ابي يوسف رح

ما تيسر من القرآن

يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد رح ترك
القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال
وعند ابي يوسف رح ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة
وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن زائد الا يرى ان للصلوة
وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد
على تركه فلا تبطل التحريمة وعند ابي حنيفة رح ترك القراءة في الاوليين
يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة
على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد
في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني
احتياطا اذا ثبت هذا فنقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما
لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع
في الثاني وبقيت عند ابي يوسف فيصح الشروع في الشفع الثاني ثم فسد الكل
بترك القراءة فيه فعليه القضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين لا غير
فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فيصح الشروع في الشفع
الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول ولو قرأ في
الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع
في الشفع الثاني وعند ابي يوسف ان صح فقد اداه ولو قرأ في الاوليين لا غير
فعليه قضاء واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالاجماع ولو قرأ
في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرأ في
احدى الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء الاربع عند ابي يوسف وكذا
عند ابي حنيفة رح لان التحريمة باقية وعند محمد عليه قضاء الاوليين لان
التحريمة قد ارتفعت عنده وقد انكر ابو يوسف رح هذه الرواية عنه وقال
رويت لك عن ابي حنيفة رح انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته
عنه ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد ركعتين
ولو قرأ في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف وعندهما

ركعتين قال وتفسير قوله عليه السلام لا يصلى بعد صلوة مثلها يعني ركعتين
بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل
كلها قال ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام
صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولأن الصلوة خير موضوع و
ربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية
القعود والمختار أن يقعد كما يقعد في حالة التشهد لأنه عهد مشروعا في
الصلوة فإن افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند أبي حنيفة رح وهذا
استحسان وعندهما لا يجوز وهو قياس لأن الشروع معتبر بالنذر وله أنه
لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صح بدونه بخلاف النذر لأنه التزمه
نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان
خارج المصر يتنفل على دابته إلى أي جهة توجهت يومي إيماء لحديث ابن عمر رح
قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه إلى خيبر
يومي إيماء ولأن النوافل غير مختصة بوقت فلو ألزمناه النزول والاستقبال
تنقطع عنه النافلة أو ينقطع هو عن القافلة أما الفرائض فمختصة بوقت و
السنن الرواتب نوافل وعن أبي حنيفة رح أنه ينزل لسنة الفجر لأنها آكد من
غيرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن أبي يوسف
رح يجوز في المصر أيضا ووجه الظاهر أن النص ورد خارج المصر والحاجة إلى
الركوب فيه أغلب وإن افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وإن صلى ركعة نازلا
ثم ركب استقبل لأن إحرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على
النزول فإذا أتى بهما صح وإحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا
يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر وعن أبي يوسف أنه يستقبل إذا نزل أيضا
وكذا عن محمد إذا نزل بعد ما صلى ركعة والأصح هو الظاهر

فصل

في قيام رمضان يستحب أن يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي
بهم إمامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين
مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والأصح أنها سنة كذا روى

في صلوة التراويح

الحسن عن أبي حنيفة لأنه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عليه السلام
بين العذر في ترك المواظبة وهو خشية أن تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن
على وجه الكفاية حتى لو امتنع أهل المسجد عن إقامتها كانوا مسيئين ولو أقامها
البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لأن أفراد الصحابة رحمهم الله يروى
عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين
الخامسة وبين الوتر لعادة أهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس
تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير إلى أن وقتها بعد العشاء قبل
الوتر وبه قال عامة المشايخ والأصح أن وقتها بعد العشاء إلى آخر الليل قبل
الوتر وبعده لأنها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر قدر القراءة فيها وأكثر
المشايخ على أن السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد
التشهد من الدعوات حيث يتركها لأنها ليست بسنة قال ولا يصلي الوتر بجماعة
في غير شهر رمضان عليه إجماع المسلمين

باب إدراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم أقيمت يصلي أخرى صيانة للمؤدى
عن البطلان ثم يدخل مع القوم إحرازا لفضيلة الجماعة وإن لم يقيد الأولى
بالسجدة يقطع ويشرع مع الإمام هو الصحيح لأنه بمحل الرفض والقطع للإكمال
بخلاف ما إذا كان في النفل لأنه ليس للإكمال ولو كان في السنة قبل الظهر
أو الجمعة فأقيم أو خطب يقطع على رأس الركعتين يروى ذلك عن أبي يوسف رح
وقد قيل يتمها وإن كان قد صلى ثلثا من الظهر يتمها لأن للأكثر حكم الكل فلا
يحتمل النقض بخلاف ما إذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها
لأنه محل الرفض ويتخير إن شاء عاد وقعد وسلم وإن شاء كبر قائما ينوي الدخول
في صلوة الإمام وإذا أتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لأن الفرض
لا يتكرر في وقت واحد قال فإن صلى من الفجر ركعة ثم أقيمت يقطع ويدخل معهم
لأنه لو أضاف إليها أخرى تفوته الجماعة وكذلك إذا قام إلى الثانية قبل أن
يقيدها بالسجدة وبعد الإتمام لا يشرع في صلوة الإمام لكراهة التنفل وكذا
بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لأن التنفل بالثلاث

باب إدراك الفريضة

مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة امامه ومن دخل مسجدا قد اذن فيه
يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء
الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ينتظم به
امر جماعة لانه ترك صورة تكميل معنى فان كان قد صلى وكانت الظهر او
العشاء فلا باس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في
الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او الفجر او المغرب
خرج وان اخذ فيها لكراهية التنفل بعدها قال ومن انتهى الى الامام في
صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى
يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين و
ان خشي فوتهما دخل مع الامام لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك
الزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت
بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في
تقديمها على الركعة وتاخيرها عنها ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين ان شاء
الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهية في المسجد اذا
كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل هو المروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع
الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح قال ولا بعد ارتفاعها
عند ابي حنيفة رح وابي يوسف وقال محمد رح احب الي ان يقضيهما الى وقت
الزوال لانه عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما
ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد
في قضائهما تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل وانما تقضى تبعا له وهو
يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ واما
سائر السنن سواها لا تقضى بعد الوقت وحدها واختلف المشايخ في قضائها
تبعا للفرض ومن ادرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلاث فانه لم يصل الظهر
في جماعة وقال محمد رح قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد

ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث
في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث به في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة قال
ومن اتى مسجدا قد صلى فيه فلا باس بان يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام
في الوقت سعة واذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا
في غير سنة الظهر والفجر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر
صلوهما وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله
شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عليه السلام واظب عليها عند اداء المكتوبات
بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها
مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت قال ومن انتهى الى الامام في
ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام راسه من الركوع لا يصير مدركا لتلك
الركعة خلافا لزفر رح هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان
الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع
ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز وقال زفر رحمه الله لا
يجوز لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا ان الشرط
هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على
فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت مستحق عندنا
وعند الشافعي مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره و
لنا قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام
فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو
خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت
وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم
الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا كان
في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت
بالحديث قال ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان

الاصل سقوط الترتيب

النبي عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبة ثم قال
صلوا كما رايتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات لان الفوائت قد
كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما سقط بينها وبين الوقتية
وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا بخروج وقت الصلوة السادسة وهو
المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم
وليلة اجزاته التي بدا بها لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد
انه اعتبر دخول وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول
في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل
يجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا يجوز ويجعل الماضي
كان لم يكن زجرا عن التهاون قال ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد
الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة
وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال و
الوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك
الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر
وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت وهي مسئلة
الترتيب واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يبطل لان التحريمة عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت
اصلا ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة
بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى
ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر
وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء على
ان الوتر واجب عنده سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن
وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين انه صلى
العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر وعندهما يعيد

الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود التلاوة

سجود التلاوة في القرآن اربعة عشر في آخر الاعراف وفي الرعد والنحل و
بني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة
والنجم واذا السماء انشقت واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رض وهو المعتمد
والسجدة الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله
لا يسأمون في قول عمر رض وهو المأخوذ للاحتياط قال والسجدة واجبة في
هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القرآن او لم يقصد لقوله
عليه السلام السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب وهي غير
مقيدة بالقصد واذا تلا الامام السجدة سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه
متابعته واذا تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد
الفراغ عند ابي يوسف وابي حنيفة وقال محمد رح يسجدونها اذا فرغوا لان
السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضوع
الامامة او التلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف
الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان
الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية
الصلوة بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها هو الصحيح لان
الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل ليس معهم في
الصلوة لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلوتية لان سماعهم هذه
السجدة ليس من افعال الصلوة ويسجدونها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها
في الصلوة لم يجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل قال و
اعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي احرام
الصلوة وفي النوادر انه تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول
محمد فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعد
ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك الركعة
وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه فههنا

اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلوة
فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوة لانها صلوتية ولها مزية الصلوة
فلا تتأدى بالناقص قال ومن تلا آية سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلوة
فاعادها وسجد اجزأته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها
صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان للاولى
قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وان
تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة
ولا وجه لالحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب قال ومن كرر تلاوة سجدة وا
في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة فمن قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب و
رجع فقرأها ثانية سجد لها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى
السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهذا اليق
بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه
جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام
بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب
يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذلك في الدياسة
للاحتياط ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب لان السبب
في حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح
انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه
وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود
ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي
منعدمة قال ويكره ان يقرأ السورة في صلوة او غيرها ويدع آية السجدة لانه
يشبه الاستنكاف عنها ولا بأس بان يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها لانه
مبادرة اليها قال واحب الي ان يقرأ قبلها آية او آيتين دفعا لوهم
التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب سجود السهو

يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلم ثم يتشهد
ثم يسلم وعند الشافعي يسجد قبل السلام لما روي انه عليه السلم سجد للسهو قبل
السلم ولنا قوله عليه السلم لكل سهو سجدتان بعد السلم وروي انه عليه السلم
سجد سجدتي السهو بعد السلم فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله ولان
سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر به و
هذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور
الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي عليه السلام والدعاء في قعدة
السهو هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلوة قال ويلزمه السهو اذا
زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجدة السهو واجبة
هو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في
الحج واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تأخيره او تأخير ركن ساهيا
هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تأخير ركن او ترك
واجب قال ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه
اراد بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة قال او ترك قراءة الفاتحة لانها
واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيد لانها واجبات فانه عليه السلم
واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع
الصلوة فدل انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة
الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح
ولو جهر الامام فيما يخفى او خافت فيما يجهر تلزمه سجدتا السهو لان الجهر
في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية في المقدار
والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء
لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير يمكن وما تصح به الصلوة كثير غير ان
ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلاث آيات وهذا في الامام دون
المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة قال وسهو الامام يوجب
على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة
بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه وما

اللزوم الاداء الا متابعا وان سها المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود
لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل
تبعا قال ومن سها عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حال القعود اقرب
عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو
للتأخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد
لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب قال وان سها عن
القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان
فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض قال
والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبله فيرتفض ويسجد للسهو لانه اخر
واجبا وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه
استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه
عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث في يمينه
لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح
على ما مر فيضم اليها ركعة سادسة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون ثم
انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل وعند محمد رح
برفعه لان تمام الشيء بآخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف تظهر
فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد رح خلافا لابي يوسف قال
ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم
لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهه بالقعود
لان ما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها
ركعة اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظة السلام وهي واجبة وانما
يضم اليها اخرى لتصير الركعتان نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزيه لنهيه عم
عن البتيراء ثم لا ينوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليهما بتحريمة
مبتداة ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على
الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون ولو قطعها لم يلزمه

القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا عند محمد رح لانه
المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض و
لو افسد المقتدي لا قضاء عليه عند محمد رحمه الله اعتبارا بالامام وعند
ابي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام قال ومن صلى
ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي اخريين لم يبن
لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو
ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء
التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم فان
سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه
عن الصلوة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد ان تكون في احرام
الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته
الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر
الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية
الاقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد به قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان
يسجد لسهوه لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير للمشروع فلغت قال
ومن شك في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له
استأنف لقوله عليه السلم اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل
الصلوة وان كان يعرض له كثيرا بنى على اكبر رأيه لقوله عليه السلم من شك
في صلوته فليتحر الصواب وان لم يكن له رأي بنى على اليقين لقوله عليه السلم
من شك في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال
بالسلام اولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء
على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلوته كيلا يصير تاركا فرض القعدة

باب صلوة المريض

اذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عليه السلم لعمران

ابن الحصين صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومئ
ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة قال فان لم يستطع الركوع والسجود اومأ
ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قائم
مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عليه السلام
ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم برأسك وان فعل ذلك
وهو يخفض رأسه اجزأه لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه
لانعدامه فان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة
واومأ بالركوع والسجود لقوله عليه السلام يصلي المريض قائما فان لم يستطع
فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه يومئ ايماء فان لم يستطع فالله تعالى
احق بقبول العذر منه وان استلقى على جنبه ووجهه الى القبلة جاز لما روينا
من قبل الا ان الاولى هي الاولى عندنا خلافا للشافعي رح لان اشارة
المستلقي تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه
وبه تتأدى الصلوة فان لم يستطع الايماء برأسه اخرت عنه ولا يومئ بعينيه
ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر لما روينا من قبل ولان نصبة الابدال
بالرأي ممتنع ولا قياس على الرأس لانه يتأدى به ركن الصلوة دون العين
واختيها وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط الصلوة عنه وان كان
العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب
بخلاف المغمى عليه قال وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود
لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومئ ايماء لان ركنية القيام للتوسل به الى
السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا
فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود قال وان صلى
الصحيح بعض صلوته قائما وحدث به مرض تممها قاعدا يركع ويسجد او يومئ
ايماء ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه بناء الادنى على الاعلى فصار
كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته قائما عند
ابي حنيفة رح وابي يوسف وقال محمد استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء

وقد تقدم بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود
استأنف في قولهم جميعا لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومئ فكذا البناء
وان افتتح التطوع قائما ثم اعيى لا بأس بان يتوكأ على عصا او حائط او يقعد لان
هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لو قعد يجوز عنده من غير عذر فكذا لا يكره
الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وان قعد
بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده وعندهما لا يجوز وقد مر في
باب النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير عذر اجزأه عند ابي حنيفة
رح والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه
فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق الا ان القيام
افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن
لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي
عليه خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا
استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلوة
كامل لتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت
الفوائت فيحرج في الاداء واذا قصرت قلت الفوائت فلا حرج والكثير ان
تزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره
ابو سليمان بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة
تعتبر من حيث الاوقات عند محمد لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث
الساعات وهو المأثور عن علي وابن عمر رح

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد مسيرة ثلثة ايام
ولياليها سير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم كمال
يوم وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته
عموم التقدير وقدر ابو يوسف بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي رح
بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط و

عن ابي حنيفة رح التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو
الصحيح ولا يعتبر السير في الماء معناه لا يعتبر به السير في البر فاما المعتبر في
البحر ما يليق بحاله كما في الجبل قال وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد
عليهما وقال الشافعي رح فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم
ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذا آية النافلة بخلاف
الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته
والاخريان له نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتاخير السلام وان لم يقعد في
الثانية قدر التشهد بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق
المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر
بالخروج عنها وفيه الاثر لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا قال ولا يزال
على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان
نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها
بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن عباس وابن عمر رحمه الله
والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى انه لا يصح نية
الاقامة في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد
ولم ينو مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر رح اقام باذربيجان
ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رحمهم الله مثل ذلك واذا دخل
العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة
او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين ان ينهزم فيفر فلم يكن دار اقامة
وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم في
البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر رحمه الله يصح في الوجهين اذا كانت
الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف يصح اذا كانوا في بيوت
المدر لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل الكلأ وهم اهل الاخبية قيل
لا يصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة اصل فلا
تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى قال وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت

اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب
وهو الوقت وان دخل معه في فائتة لم تجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء
السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة
او القراءة وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلاتهم
لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا
انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها
احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان
الاتيان اولى قال ويستحب للامام اذا سلم ان يقول لهم اتموا صلاتكم فانا قوم
سفر لانه عليه السلام قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر قال واذا دخل
المسافر في مصره اتم الصلاة وان لم ينو الاقامة فيه لانه عليه السلام واصحابه رح
كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد قال
ومن كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الاول
قصر لانه لم يبق وطنا له الا يرى انه عليه السلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من
المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر
ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي قال واذا نوى المسافر
ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلاة لان اعتبار النية في
موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه
الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة
المرء مضافة الى مبيته قال ومن فاتته صلاة في السفر قضاها في الحضر
ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء بحسب
الاداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء
قال والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء وقال الشافعي رح
سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها تثبت تخفيفا فلا يتعلق بما يوجب
التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما
المعصية ما يكون بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

قال لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا يجوز في القرى
لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع
والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود و
هذا عند ابي يوسف رح وعنه انهم اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم
والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصود
على المصلى بل يجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله قال
ويجوز بمنى ان كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها
ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات
في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز
لان الولاية لهما واما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها
الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة
في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره قال ومن
شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام
اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل
الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لانه عليه السلام ما صلاها
بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة بعد الزوال به وردت السنة ويخطب خطبتين
يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث ويخطب قائما على الطهارة لان
القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة
كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود الا
انه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة فان اقتصر على
ذكر الله جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان
الخطبة هي الواجبة والتسبيحة او التحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رح
لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى

أميرة

ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رح انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل و
صلى قال ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند
ابي حنيفة ثلثة سوى الامام وقالا اثنان سواه قال رح والاصح ان
هذا قول ابي يوسف رح وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة
عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة
شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم قال فان نفر الناس قبل ان
يركع الامام ويسجد ولم يبق الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة رح وقالا
اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة وان نفروا عنه بعد ما ركع
وسجد سجدة بنى على الجمعة في قولهم جميعا خلافا لزفر هو يقول انها شرط
فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط
دوامها كالخطبة ولابي حنيفة رح ان الانعقاد بالشروع في الصلوة
ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها ليس بصلوة فلا بد من دوامها
اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها ولا معتبر
ببقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم
الجماعة قال ولا تجب الجمعة على مسافر ولا مريض ولا عبد ولا امرأة
ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد
مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج و
الضرر فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه
فصار كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة
وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة
ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بينا اما الصبي فمسلوب
الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا
للامامة فيصلحون للاقتداء بالطريق الاولى قال ومن صلى الظهر في
منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت
صلوته وقال زفر رح لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة و

والصبيان

الظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان
اصل الفرض هو الظهر في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه
باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على
شرائط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف قال فان بدا له ان
يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة رح بالسعي وقالا لا
يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه
والجمعة فوقها فينقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان
السعي من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا
بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي المعذورون
الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال
بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف
اهل السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرائطه
قال ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليها الجمعة
لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا وان كان ادركه
في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد ان ادرك
معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها
الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي
اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا للجمعة
ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة
حتى تشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا
يبنى احدهما على تحريمة الآخر قال واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس
الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رح وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان
يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلوة
لانها قد تمتد وله قوله عليه السلم اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام

من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة واذا اذن المؤذن
الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى
ذكر الله وذروا البيع فاذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي
المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله الا هذا الاذان و
لهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول
اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام به

باب صلوة العيدين

صلوة العيدين

قال وتجب صلوة العيد على من تجب عليه صلوة الجمعة وفي
الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة
ولا يترك واحد منهما قال وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب
وهو رواية عن ابي حنيفة رح وجه الاول مواظبة النبي عليه السلم عليها وجه
الثاني قوله عليه السلم في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن فقال
لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة قال ويستحب
في يوم الفطر ان يطعم قبل ان يخرج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب لما
روي انه عليه السلم كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان
يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والتطيب كما في الجمعة
ويلبس احسن ثيابه لانه عليه السلم كانت له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد
ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة قال ويتوجه
الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة رح في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا
بالاضحى وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه
يوم تكبير ولا كذلك الفطر قال ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لانه عليه السلم
لم يفعل مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي
غيره عامة لانه عليه السلم لم يفعله واذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل
وقتها الى الزوال فاذا زالت الشمس خرج وقتها لانه كان عليه السلم يصلي
العيد والشمس على قيد رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال
امر بالخروج الى المصلى من الغد قال ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في

الاولى تكبيرة الافتتاح وثلثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة
يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها ويكبر
تكبيرة يركع بها وهذا قول ابن مسعود رض وهو قولنا وقال ابن عباس رض
يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي
رواية يكبر اربعا وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس لامر بنيه الخلفاء فاما
المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان
الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان الاصل فيه
الجمع وفي الركعة الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية
والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي
اخذ بقول ابن عباس الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات
عنده خمسة عشر او ستة عشر ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد بها
سوى تكبيرتي الركوع لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن و
ذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف انه لا يرفع والحجة عليه ما رويناه
قال ثم يخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض يعلم فيهما
صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام
لم يقضها لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد
فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد
من الغد لان هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع
من الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى
كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر
قال ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى
يفرغ من الصلوة لما روي انه عليه السلام كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع
فيأكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عليه السلام كان يكبر في الطريق
ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب خطبتين بعدها لانه عليه السلام
كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت

والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان عذر يمنع الناس من الصلوة في يوم الاضحى
صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة موقتة بوقت
الاضحية فيتقيد بايامها لكنه مسيء في التاخير بغير عذر لمخالفة المنقول و
التعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في
بعض المواضع تشبها بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان
فلا يكون عبادة دونها كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق

قال ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب
العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة رح وقالا يختم عقيب صلوة العصر من آخر
ايام التشريق والمسألة مختلفة بين الصحابة فاخذنا بقول علي رضي الله عنه اخذا
بالاكثر وهو الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رض اخذا بالاقل
لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر
لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو الماثور عن الخليل
صلوات الله عليه وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار
في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة رح وليس على جماعات النساء اذا لم تكن
معهن رجل وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة ولهما ما روينا
من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل بن احمد ولان الجهر بالتكبير
خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على
النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق
التبعية قال يعقوب صليت بهم صلوة المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة
رحمه الله دل ان الامام وان ترك التكبير لا يدعه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى
في حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب

باب صلوة الكسوف

قال اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين
كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال الشافعي ركوعان له
رواية عائشة رض ولنا رواية ابن عمر رض والحال اكشف على الرجال لقربهم
فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة رح وقالا

يجهر وعن محمد مثل قول ابي حنيفة رح اما التطويل في القراءة فبيان ان الافضل
وتخفيفها ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء فاذا خفف
احدهما طول الآخر واما الجهر والاخفاء فلهما رواية عايشة رضي الله عنها
انه عليه السلم جهر فيها وله رواية ابن عباس وسمرة والترجيح قدمر من قبل
كيف وانها صلوة النهار وهي عجماء ويدعوا بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عليه
السلام اذا رايتم من هذه الافزاع شيئا فادعوا الى الله بالدعاء والسنة
في الادعية تاخيرها عن الصلوة قال ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم
الجمعة فان لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في كسوف
القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد
بنفسه لقوله عليه السلم اذا رايتم شيئا من هذه الاهوال فافزعوا الى
الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة رح ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة
فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار
لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا الآية ورسول الله استسقى
ولم يرو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام ركعتين لما روى انه عليه السلام
صلى فيها ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس رح قلنا فعله مرة وتركه
اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة
اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روى انه عليه السلم خطب ثم هي كخطبة
العيد عند محمد رح وعن ابي يوسف رح خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي
حنيفة رح لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء
لما روى انه عليه السلم استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه لما
روينا قال رح هذا قول محمد اما عند ابي حنيفة رح لا يقلب لانه دعاء
فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم اردیتهم
لانه لم ينقل انه عليه السلم امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء
لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة
الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا
رفع راسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت
تلك الطائفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا و
ذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى وصلوا ركعة وسجدتين
وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو
وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون
وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رح ان النبي عليه السلام
صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف رح وان انكر شرعيتها
في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا قال وان كان الامام مقيما صلى
بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روى انه عليه السلم
صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين
من المغرب وبالثانية ركعة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في
الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حال الصلوة فان فعلوا ذلك بطلت
صلوتهم لانه عليه السلم شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب ولو جاز الاداء
مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون
بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة
لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة و
عن محمد رح انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنائز

قال اذا احتضر الرجل وجه
الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه و
المختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر والاول هو السنة ولقن الشهادة
لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي
قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم
فيه تحسينه فيستحسن

فصل في الغسل

واذا ارادوا غسله وضعوه

على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر
ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم
التنظيف ووضوؤه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء سنة
الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه
اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر
لقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض
مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول المقصود ويغسل
راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل
بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد خلص الى ما يلي التخت منه ثم يضجع
على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه
لان السنة هو البداية بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا
رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا
وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا
تبتل اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته
والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة
ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عا[illegible]
علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها
وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان

فصل

في التكفين **قال** السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص و
لفافة لما روي انه عليه السلام كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما
يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز و
الثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رحمه الله اغسلوا
ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار من القرن
الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق الى القدم فاذا ارادوا لف
الكفن ابتدؤا بجانبه الايسر فلفوه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة وبسطه

ان يبسط اللفافة ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار
ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك وان
خافوا ان ينتشر الكفن عنه عقدوه صيانة عن الكشف وتكفن المرأة في خمسة
اثواب درع وازار وخمار وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث ام عطية
ان النبي عليه السلام اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج
فيها حالة الحيوة فكذا بعد الممات وهذا بيان كفن السنة وان اقتصروا
على ثلثة اثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره
اقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة
الضرورة لان مصعب بن عمير رحمه الله حين استشهد كفن في ثوب واحد
وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين
على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة قال و
تجمر الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه عليه السلام امر باجمار اكفان
ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة

فصل

في الصلوة على الميت **قال** واولى الناس بالصلوة
السلطان ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي
لانه صاحب الولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضي به في
حال حيوته قال ثم الولي والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح
فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق
للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتأدى
بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا رأينا الناس تركوا من آخرهم
الصلوة على قبر رسول الله وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت ولم يصل
عليه صلي على قبره لانه عليه السلام صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلي عليه
قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف
الحال والزمان والمكان **قال** والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد الله
عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر تكبيرة

يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لأن النبي عليه
السلم كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها. ولو كبر الامام
خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر رح لانه منسوخ بما روينا وينتظر
تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفار للميت
والبداية بالثناء ثم بالصلوات سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول
اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا ذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا. ولو
كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يكبر حين يحضر
لان الاولى للافتتاح والمسبوق يأتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة
مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا
فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك. قال
ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لانه موضع القلب و
فيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي
حنيفة رح انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها لان
انسا فعل كذلك وقال هو السنة قلنا ان تأويله جنازتها لم تكن منعوشة
فحال بينها وبينهم. فان صلوا على جنازة ركبانا اجزاهم في القياس لانه
دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا
يجوز تركه من غير عذر احتياطا. ولا بأس بالاذن في صلوة الجنازة لان
التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالاذان
اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه. ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة
لقوله عليه السلم من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات
ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ.
ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عليه السلم اذا استهل
المولود صلي عليه ومن لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة الحيوة
فيتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم

يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه و
هو المختار. قال واذا سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع
لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم
احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه
لانه ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط. وان مات الكافر وله ولي
مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي رض في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل
غسل الثوب النجس ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين
واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى.

فصل في حمل الجنازة

واذا حملوا الميت
على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة
وزيادة الاكرام والصيانة. قال الشافعي رحمه الله السنة ان
يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان
جنازة سعد بن معاذ رض هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة.
ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عليه السلم سئل عنه حين سئل عنه فقال ما دون الخبب
واذا بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه
قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام امكن منه. قال وكيفية الحمل ان
تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك
ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب

فصل في الدفن

ويحفر القبر ويلحد لقوله عليه السلم اللحد لنا والشق لغيرنا. و
يدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي فان عنده يسل سلا لما روي انه
عليه السلم سل سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت
الرواية في ادخال النبي عليه السلم. واذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله
وعلى ملة رسول الله كذا قال عليه السلام حين وضع ابا دجانة في القبر و
يوجهه الى القبلة بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم. ويحل العقدة لوقوع
الامن عن الانتشار. ويسوى اللبن عليه لانه عليه السلم جعل على قبره اللبن ويسجى
قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن

على السرير وسُنّي حال الرجال على الاكتاف ويكره الآجر والخشب لانهما
لاحكام البناء والقبر موضع البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا و
لا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه عليه السلام
جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب عليه ويسنم القبر ولا يسطح اي
لا يربع لانه عليه السلام نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي
عليه السلام اخبر انه مسنم

باب الشهيد

الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون
ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء
احد وقال عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم
فكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب بقتله عوض مالي فهو
في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج
الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوه والشافعي يخالفنا في الصلوة
ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على
الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغنى عن
الدعاء كالنبي عليه السلام والصبي ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع
الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف
والسلاح واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يغسل لان
ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة ان
الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة رح
لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء اذا
طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الروايتين وعلى هذا الخلاف في الصبي
لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة ولان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء
احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم ولا يغسل عن الشهيد
دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة
والخف والسلاح لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاءوا

اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق
الحيوة لان بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان
ياكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل من المعركة لانه نال بعض مرافق الحيوة
وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس تدار عليهم وكانوا لا يشربون خوفا
عن نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطأه الخيول لانه ما نال
شيئا من الراحة ولو آواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا
حتى مضى وقت الصلوة وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا
في ذمته وهو من احكام الاحياء قال رضي الله عنه وهذا مروي
عن ابي يوسف رح ولو اوصى بشيء من امور الآخرة كان مرتثا عند
ابي يوسف رح لانه ارتفاق وعند محمد رحمه الله لا يكون لانه من احكام
الاموات ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة و
الدية فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب فيه القصاص
وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى و
عند ابي يوسف ومحمد رح ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ومن
قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه
وشهداء احد بذلوا نفوسهم لابتغاء مرضاة الله تعالى فلا يلحق بهم ومن
قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل على
البغاة

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي فيهما ولمالك
رح في الفرض لانه عليه السلام صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة
استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط فان
صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى
القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ بخلاف مسألة التحري ومن جعل منهم ظهره
الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام
تحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة

من الامام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي رح لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا ترى انه لو صلى على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى وآتوا الزكوة ولقوله عليه السلام ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالوجوب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والعقل والبلوغ لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا تتحقق من الكافر ولا بد من ملك النصاب لانه عليه السلام قدر السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه الممكن منه لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هو واجب على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي رح فانه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا تتأدى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذلك الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف رح انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة رح انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن

من اهل ان يعتق عبده ومن كان عليه دين محيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي رحمه الله يجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب المهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد به دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر رح فيهما ولابي يوسف رح في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها وآلات المحترفين لما قلنا ومن له على آخر دين فجحده سنين ثم قامت له به بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي رح ومن جملته المال المفقود والآبق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الآبق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رض لا زكوة في مال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ ولو كان الدين على مقر ملي او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة رح لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد لا يجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد رح في

بحقين الافلاس ومع ابي حنيفة رح في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء و
من اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال
النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم يكن للتجارة
حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم يعتبر
ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر
وان اشترى شيا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف
ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او
بالنكاح او الخلع او الصلح عن دم العمد ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي
يوسف لاقترانها بالعمل وعند محمد لا يصير للتجارة لانها لم تقارن
عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية
مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة
فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق
فاكتفى بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن
تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب
جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب
سقط زكوة المؤدى عند محمد رح لان الواجب شايع في الكل وعند ابي يوسف
لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت
خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا
ففيها شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه الى
تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا
بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس
وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة
الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في

الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت
في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون
الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين
بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله عليه السلم ثم اذا زادت
على مائة وعشرين تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي
العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي
خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم
تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة
ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي
ست وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق
الى مائتين ثم تستانف الفريضة ابدا كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة
والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي رح اذا زادت على مائة و
عشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها
حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل
اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عليه السلام كتب اذا
زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت
لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عليه السلام كتب في اخر ذلك
في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل
بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر ليس في اقل من ثلثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة و
حال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين
مسن او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله صلى الله عليه
وسلم معاذا رض فاذا زادت على الاربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك
الى ستين عند ابي حنيفة ففي الواحدة الزايدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين
نصف عشر مسنة وفي الثلثة ثلثة ارباع عشر مسنة وهذا رواية

الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن
عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى يبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع
مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين
وقص وفي كل عقد واجب وقالا لا شيء في الزيادة حتى يبلغ ستين و
هو رواية عن ابي حنيفة رح لقوله عليه السلام لمعاذ لا تاخذ من اوقاص البقر
شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين وقيل ان المراد منها
الصغار ثم في الستين تبيعان او تبيعتان وفي السبعين مسنة وتبيع وفي
الثمانين مسنتان وفي التسعين ثلثة اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة
وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع لقوله
عليه السلام في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسنة والجواميس
والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا
تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه لا ياكل لحم بقر

فصل في الغنم

ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين
سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت وا
حدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه
فاذا بلغت اربعمائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة هكذا ورد
البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي كتاب ابي بكر رض و
عليه انعقد الاجماع والضان والمعز سواء لان لفظة الغنم شاملة للكل و
النص ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها ولا يؤخذ الجذع والثني منها ما
تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفة رح وهو قولهما
انه يؤخذ الجذع لقوله عليه السلام انما حقنا الجذعة والثنية ولانه يتادى
بها الاضحية فكذا الزكوة وجه الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا عليه
ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط
وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف
نصا والمراد بما روي الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة الغنم الذكور و

الاناث لان اسم الشاة ينتظمهما وقد قال عليه السلام في اربعين شاة
شاة

فصل

اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها
بالخيار ان شاء اعطى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل
مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا لا
زكوة في الخيل لقوله عليه السلام ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة
وله قوله عليه السلام في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وتاويل
ما رواه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت رحمه الله والتخيير
بين الدينار والتقويم ماثور عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة
زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه
فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه انها تجب في الذكور
المنفردة ايضا ولا شيء في البغال والحمير ايضا لقوله عليه السلام لم ينزل
علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان تكون للتجارة لان الزكوة
حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة

فصل

وليس في الحملان
والفصلان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة رح وهذا آخر اقواله وهو قول
محمد رح وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر و
مالك ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي
وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار
وجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحدة منها وجه
الاخر ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا
واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا
دون تادية الزكوة حتى لا يخرج عن العهدة باداء واحدة من الصغار ثم
عند ابي يوسف رح لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون
الثلثين من العجاجيل ويجب في كل خمس وعشرين من الفصلان واحد ثم
لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثنى الواجب ولا يجب فيما دون
خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا

فصيل على هذا الاعتبار وعند أبي يوسف ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس و
الى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي
فصيل على هذا الاعتبار. قال ومن وجب عليه سن فلم يوجد اخذ
المصدق اعلى منها ورد الفضل واخذ دونها واخذ الفضل وهذا يبتنى
على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكر ان شاء
الله تعالى الا ان في الوجه الاول له ان لا يأخذ ويطالب بعين الواجب
او بقيمته لانه شرا وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء
بالقيمة. ويجوز دفع القيم في الزكوة عندنا وكذا في الكفارات وصدقة
الفطر والعشر والنذور. قال الشافعي رح لا يجوز اتباعا للمنصوص
كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى الفقير ايصالا للرزق
الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف الهدايا لان
القربة فيها اراقة الدم وهي لا تعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة
المحتاج وهو معقول. وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا
لمالك له ظواهر النصوص ولنا قوله عليه السلم ليس في الحوامل والعوامل و
العلوفة ولا في البقر المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي ودليله
الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة
فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو
علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للاكثر ولا يأخذ
المصدق خيار المال ولا رذالته ويأخذ الوسط لقوله عليه السلم لا تأخذوا
من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها
ولان فيه نظرا من الجانبين. قال ومن كان له نصاب فاستفاد في
اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكوه به. وقال الشافعي رح لا يضم لانه
اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة
للملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد و
الارباح لان عندها يتعسر المميز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط

الحول الا للتيسير. قال والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف في
النصاب دون العفو وقال زفر ومحمد رح فيهما حتى لو هلك العفو
وبقي النصاب بقي كل الواجب عندهما وعند محمد وزفر رح يسقط بقدره
لمحمد وزفر ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله
عليه السلم في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى يبلغ
عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفى الوجوب عن العفو ولان العفو تبع
للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا
قال ابو حنيفة رح يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى
الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع
وعند ابي يوسف يصرف الهلاك الى العفو اولا ثم الى النصب شايعا. واذا
اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوائم لا يثنى عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج
لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا
نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما
عليهم من التبعات فقراء والاول احوط. وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته
شيء وعلى المرأة منهم ما على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ
من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم. وان هلك المال بعد
وجوب الزكوة سقطت الزكوة وقال الشافعي يضمن اذا هلك بعد التمكن
من الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب
فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير
فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير
يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا
يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك البعض
يسقط بقدره اعتبارا له بالكل. وان قدم الزكوة على الحول وهو مالك للنصاب
جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف

مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في
ملكه نصاب واحد خلافا لزفر رح لان النصاب الاول هو الاصل في السببية
والزائد عليه تابع له

باب زكوة المال فصل

في الفضة ليس فيما دون مائتي درهم صدقة لقوله عليه السلام
ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت
مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه السلام كتب الى معاذ
رح ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب
نصف مثقال قال ولا شي في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها
درهم ثم في كل اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة رح. قال
صاحباه ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه وهو قول الشافعي رح لقوله
عليه السلام في حديث علي رح وما زاد على المائتين فبحسابه ولان الزكوة
وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغناء وبعد
النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام
في حديث معاذ رح لا تاخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم
رح ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور
ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة
منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان عمر رح واستقر
الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة واذا كان
الغالب عليها الغش فهي في حكم العروض يعتبر ان يبلغ قيمته نصابا لان
الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير
فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره
في الصرف ان شاء الله تعالى الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في
سائر العروض الا اذا كانت تخلص منها فضة مقدار ما يبلغ نصابا لانه
لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة

فصل في الذهب

ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا

ففيها نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة
دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر
وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة
مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة رح وعندهما يجب بحساب ذلك وهي مسئلة
الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا
كاربعين درهما وفي تبر الذهب والفضة وحليهما واوانيهما الزكوة. و
قال الشافعي رح لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه
مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة والمهنة ولنا ان السبب مال نام ودليل
النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب

فصل في العروض

الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت
اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله عليه السلام فيها يقومها
فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد
العبد فاشبه المعد باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال
يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا لحق الفقراء. قال رضي الله عنه
وهذا رواية عن ابي حنيفة رح وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم
الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي
يوسف رح انه يقومها بما اشترى ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في
معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود يقومها بالنقد الغالب وعن محمد رح
انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك. قال
واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط
الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد
وتحقق الغناء وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء
قال وتضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل
باعتبار التجارة وان افترق جهة الاعداد ويضم الذهب الى الفضة للمجانسة
من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة رح

وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة
مثاقيل ذهب تبلغ قيمته مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما
يقولان ان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا يجب الزكوة في مصوغ
وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق
باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

باب

فيمن يمر على العاشر اذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او
على دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق ليأخذ
الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان
منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديتها الى
عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر آخر لانه ادعى وضع
الامانة في موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة لانه
ظهر كذبه بيقين وكذلك اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر
لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت
الحماية وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع
وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء لا يصدق وان حلف وقال
الشافعي رح يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ
للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة هو
الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا هو الصحيح
ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع
الصغير وشرطه في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لانه ادعى ولصدق
دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط فلم يعتبر علامة
قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منهم
ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق
الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق
الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في

يده منه صحيح فكذا بامية الولد لانه ينبني عليه فانعدمت صفة المالية فيهن
والاخذ لا يجب الا من المال قال ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي
نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر سعاته وان مر حربي بخمسين
درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ
منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكوة او ضعفها
فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا نأخذ
من القليل وان كانوا يأخذون منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج
الى الحماية وان مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم كم يأخذون منا نأخذ منه
العشر لقول عمر رح فان اعياكم فالعشر وان علم انهم يأخذون منا ربع
عشر او نصف عشر نأخذ بقدره وان كانوا يأخذون الكل لا نأخذ الكل
لانه غدر وان كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ ليتركوا الاخذ من تجارنا
ولانا احق بمكارم الاخلاق قال وان مر الحربي على عاشر فعشره ثم
مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول الحول لان الاخذ في كل مرة استيصال
المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد
الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستأصل المال فان
عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه
رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستيصال قال
فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من
قيمتها وقال الشافعي رح لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال
زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال ابو يوسف رح
يعشرهما اذا مر بهما جملة كأنه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد منهما
على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر وهو ان القيمة
في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال ليس لها
هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه
للتخليل فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام

فكذا لا يجب على غيره ولو مر صبي أو امرأة من بني تغلب بمال فليس على
الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن مر على
العاشر بمائة درهم وأخبره أن له في منزله مائة أخرى قد حال عليهما
الحول لم يزك التي مر بها لقلته وما في بيته لم يدخل تحت حمايته ولو مر
بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لأنه غير مأذون بأداء زكوته قال
وكذا المضاربة يعني إذا مر المضارب به على العاشر وكان أبو حنيفة رح
يقول أولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن
التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع إلى ما
ذكر في الكتاب وهو قولهما لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه في أداء الزكوة
إلا أن يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لأنه مالك له ولو
مر عبد مأذون له بمائتي درهم فليس عليه دين عشره قال
أبو يوسف لا أدري أن أبا حنيفة رح رجع عن هذا أم لا وقياس قوله
الثاني في المضاربة وهو قولهما أنه لا يعشرها لأن الملك فيما في يده
للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل في الفرق بينهما أن العبد
يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج إلى الحماية
والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة عليه فكان رب المال
هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد وإن كان
مولاه معه يؤخذ منه لأن الملك له إلا إذا كان على العبد دين يحيط بماله
لانعدام الملك أو للشغل قال ومن مر على عاشر الخوارج في أرض
قد غلبوا عليها فعشره يثنى عليه الصدقة معناه إذا مر على عاشر أهل
العدل لأن التقصير من قبله حيث مر عليه

باب المعدن والركاز

قال معدن ذهب أو فضة أو حديد أو رصاص
أو صفر وجد في أرض خراج أو عشر ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي
رح لا شيء عليه لأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد إلا إذا كان المستخرج
ذهبا أو فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط الحول في قول لأنه نماء كله و

الحول

الحول للتنمية ولنا قوله عليه السلام وفي الركاز الخمس وهو من الركز فيطلق
على المعدن ولأنها كانت في أيدي الكفرة وحوتها أيدينا غلبة فكانت غنيمة
وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لأنه لم يكن في يد أحد إلا أن للغانمين يدا
حكمية لثبوتها على الظاهر وأما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في
حق الخمس والحقيقية في حق الأربعة الأخماس حتى كانت للواجد قال
ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند أبي حنيفة رح وقالا
أبو يوسف ومحمد فيه الخمس لإطلاق ما روينا وله أنه من أجزاء الأرض
مركب فيها ولا مؤنة في سائر الأجزاء فكذا في هذا الجزء لأن الجزء لا
يخالف الجملة بخلاف الكنز لأنه غير مركب فيها وإن وجد في أرضه فعن
أبي حنيفة رح روايتان ووجه الفرق على إحديهما وهو رواية الجامع
الصغير أن الدار ملكت خالية عن المؤن دون الأرض ولهذا وجب العشر
والخراج في الأرض دون الدار فكذا هذه المؤنة قال وإن وجد
ركازا أي كنزا وجب الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز
لمعنى الركز فيه وهو الإثبات ثم إن كان على ضرب أهل الإسلام كالمكتوب
عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمه في موضعه وإن
كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال
لما بينا ثم إن وجده في أرض مباحة فأربعة أخماسه للواجد لأنه تم الإحراز
منه إذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وإن وجده في أرض مملوكة فكذا
الحكم عند أبي يوسف لأن الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند أبي حنيفة
ومحمد رح هو للمختط له وهو الذي ملكه الإمام هذه البقعة أول الفتح
لأنه سبقت يده إليه وهي يد الخصوص فيملك بها ما في الباطن وإن كانت
على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدرة ثم بالبيع لم يخرج
عن ملكه لأنه مودع فيها بخلاف المعدن لأنه من أجزائها فينتقل إلى المشتري
وإن لم يعرف المختط له يصرف إلى أقصى مالك يعرف له في الإسلام على ما قالوا
ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لأنه الأصل وقيل إسلاميا

في زماننا لتقادم العهد قال ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد
في دار بعضهم ركازا ردّه عليهم تحرّزا عن الغدر لأن ما في الدار في يد
صاحبها خصوصا فإن وجده في الصحراء فهو له لأنه ليس في يد أحد على
الخصوص فلا يعدّ غدرا ولا شيء فيه لأنه بمنزلة متلصص غير مجاهر
قال وليس في الفيروزج يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام
لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول أبي حنيفة رح آخرا خلافا لأبي
يوسف ولا خمس في العنبر واللؤلؤ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
أبو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لأن عمر
رح أخذ الخمس من العنبر ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون
المأخوذ منه غنيمة وإن كان ذهبا أو فضة والمروي عن عمر رح فيما
دسره البحر وبه نقول متاع وجده ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه
وجد في أرض لا مالك لها لأنه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة باب
زكوة الزروع والثمار قال أبو حنيفة رح في قليل ما أخرجته
الأرض وكثيره العشر سواء سقي سيحا أو سقته السماء إلا الحطب و
القصب والحشيش وقالا لا يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية إذا بلغ
خمسة أوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله وليس في الخضر
اوات عندهما عشر فالخلاف في الموضعين في اشتراط النصاب وفي
اشتراط البقاء لهما في الأول قوله عليه السلام ما أخرجت الأرض
ففيه العشر من غير فصل وتأويل ما روياه زكوة التجارة لأنهم كانوا
يتبايعون بالأوساق وقيمة الوسق أربعون درهما ولا معتبر بالمالك
فيه فكيف بصفته وهو الغناء ولهذا لا يشترط الحول لأنه للاستنماء وهو كله نماء
ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة والزكوة غير
منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة يأخذها العاشر
وبه أخذ أبو حنيفة رح ولأن الأرض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هي
الأرض النامية ولهذا يجب فيها الخراج أما الحطب والقصب والحشيش لا

لا تستنبت في الجنان عادة بل تنفى عنها حتى لو اتخذها مقصبة أو مشجرة
أو منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي أما
قصب الذريرة وقصب السكر ففيهما العشر لأنه يقصد بهما استغلال
الأرض بخلاف السعف والتبن لأن المقصود الحب والتمر دونهما قال
وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر على القولين لأن المؤنة تكثر فيه
وتقل فيما سقي بالسماء أو سيحا وإن سقي سيحا وبدالية فالمعتبر أكثر السنة
كما هو في السائمة قال أبو يوسف فيما لا يوسق كالزعفران والقطن
يجب فيه العشر إذا بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يوسق كالذرة
في زماننا لأنه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في
عروض التجارة وقال محمد رح يجب العشر إذا بلغ الخارج خمسة أعداد
من أعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حمل ثلثمائة
من وفي الزعفران خمسة أمناء لأن التقدير بالوسق كان لاعتبار أنه أعلى
ما يقدر به وفي العسل العشر إذا أخذ من أرض العشر وقال الشافعي
رح لا يجب لأنه متولد من الحيوان فأشبه الإبريسم ولنا قوله عليه السلام
في العسل العشر ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار وفيهما العشر
فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لأنه يتناول الأوراق ولا عشر
فيها ثم عند أبي حنيفة رح يجب فيه العشر قل أو كثر لأنه لا يعتبر النصاب
وعن أبي يوسف رح أنه يعتبر فيه القيمة كما هو أصله وعنه أنه لا شيء فيه
حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني سيارة أنهم كانوا يؤدون إلى رسول الله صلى
الله عليه وسلم وعنه خمسة أمناء وعن محمد رح خمسة أفراق كل فرق ستة
وثلثون رطلا لأنه أقصى ما يقدر به وكذا في قصب السكر وما يوجد في
الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن أبي يوسف أنه لا يجب لانعدام
السبب وهو الأرض النامية وجه الظاهر أن المقصود حاصل وهو الخارج
قال وكل شيء أخرجته الأرض مما فيه العشر لا يحتسب أجر العمال ونفقة
البقر لأن النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلا معنى

لو فيها تغلبي له أرض عشر عليه العشر مضاعفاً عرف ذلك بإجماع الصحابة
وعن محمد رح أن فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشراً واحداً لأن الوظيفة
عنده لا تتغير بتغير المالك فإن اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم
لجواز التضعيف عليه في الجملة كما إذا مر على العاشر وكذا إذا اشتراها
منه مسلم أو أسلم التغلبي عند أبي حنيفة رح سواء كان التضعيف أصلياً أو
حادثاً لأن التضعيف صار وظيفة لها فينتقل إلى المسلم بما فيها كالخراج
قال أبو يوسف يعود إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف
قال في الكتاب وهو قول محمد رح فيما صح عنه قال رضي الله عنه
اختلفت النسخ في بيان قوله والأصح أنه مع أبي حنيفة رح في بقاء التضعيف
إلا أن قوله لا يتأتى إلا في الأصلي لأن التضعيف الحادث لا يتحقق عنده
لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الأرض لمسلم باعها من نصراني يريد به
ذمياً غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند أبي حنيفة رح لأنه أليق بحال
الكافر وعند أبي يوسف رح عليه العشر مضاعفاً ويصرف مصارف
الخراج اعتباراً بالتغلبي وهذا أهون من التبديل وعند محمد رح هي عشرية
على حالها لأنه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف
مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج فإن أخذها منه مسلم
بالشفعة أو ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت أما الأول
فلتحول الصفقة إلى الشفيع كأنه اشتراها وأما الثاني فلأنه بالرد والفسخ
بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن ولأن حق المسلم لا ينقطع بهذا الشراء
لكونه مستحق الرد قال وإذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستاناً
فعليه العشر معناه إذا سقاه بماء العشر وأما إذا كانت تسقى بماء الخراج
ففيها الخراج لأن المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس على المجوسي في
داره شيء لأن عمر رح جعل المساكن عفواً وإن جعلها بستاناً فعليه
الخراج وإن سقاه بماء العشر لتعذر إيجاب العشر إذ فيه معنى القربة فتعين
الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء

العشري إلا أن عند محمد رحمه الله عشراً واحداً وعند أبي يوسف رح عشران
وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والآبار والعيون والبحار التي
لا تدخل تحت ولاية أحد والماء الخراجي ماء الأنهار التي شقها الأعاجم
وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد رح لأنه لا
يحميها أحد كالبحار وخراجي عند أبي يوسف رح لأنه يتخذ عليها القناطر
من السفن وهذا يد عليها وفي أرض الصبي والمرأة التغلبيين ما في أرض
الرجل يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لأن
الصلح جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة
إذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك إذا كانا منهم قال وليس
في عين القير والنفط في أرض العشر شيء لأنه ليس من أنزال الأرض وإنما
هي عين فوارة كعين الماء وعليه في أرض الخراج خراج وهذا إذا كان
حريمه صالحاً للزراعة لأن الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة ه

باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا

يجوز الأصل فيه قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء الآية فهذه ثمانية
أصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لأن الله تعالى أعز الإسلام و
أغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الإجماع والفقير من له أدنى شيء والمسكين من
لا شيء له وهذا مروي عن أبي حنيفة رح وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما
صنفان أو صنف واحد وسنذكره في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى
والعامل يدفع إليه الإمام إن عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه وأعوانه غير
مقدر بالثمن خلافاً للشافعي رح لأن استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا
يأخذ وإن كان غنياً إلا أن فيه شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي
تنزيهاً لقرابة الرسول عليه السلام عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه في
استحقاقها فالكفاية فلم تعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون
منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصاباً
فاضلاً عن دينه وقال الشافعي رحمه الله من تحمل غرامة في إصلاح

ذات البين واطفاء النايرة بين القبيلتين. وفي سبيل الله منقطع الغزاة
عند ابي يوسف رح لانه المتفاهم عند الاطلاق. وعند محمد منقطع الحاج
لما روي ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله عز وجل فامره رسول الله
ان يحمل عليه الحاج ولا يصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء
وابن السبيل من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه فهذه جهات
الزكوة وللمالك ان يدفع الزكوة الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف
واحد. وقال الشافعي رح لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف
لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم
مصارف لا لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكوة حق الله وبعلة
الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاتهم والذي ذهبنا اليه
مروي عن عمر وابن عباس. ولا يجوز ان تدفع الزكوة الى ذمي لقوله عليه
السلم لمعاذ خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم. ويدفع ما سوى ذلك
من الصدقة. وقال الشافعي رح لا يدفع وهو رواية عن ابي يوسف رح
اعتبارا بالزكوة ولنا قوله عليه السلم تصدقوا على اهل الاديان كلها
ولولا حديث معاذ رح لقلنا بالجواز في الزكوة. ولا يبنى بها مسجد ولا
يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن. ولا يقضى بها دين ميت لان
قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه ولا سيما من الميت. ولا تشترى بها
رقبة تعتق خلافا لمالك ذهب اليه في تاويل قوله تعالى وفي الرقاب
ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك. ولا يدفع الى الغني لقوله
عليه السلم لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي في غني
الغزاة وكذا حديث معاذ رح على ما رويناه. قال ولا يدفع المزكي
زكوته الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان
منافع الاملاك متصلة بينهم فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امراته
للاشتراك في المنافع عادة. ولا تدفع المراة الى زوجها عند ابي حنيفة رح
لما ذكرنا وقالا تدفع اليه لقوله عليه السلم لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله

لامراة ابن مسعود رح وقد سالته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة
قال ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب
المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك. ولا الى عبد قد اعتق
بعضه عند ابي حنيفة رح لانه بمنزلة المكاتب عنده. وقالا يدفع اليه لانه
حر مديون عندهما. ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع لمولاه. ولا الى
ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا
فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف امراة
الغني لانها اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة
لا تصير موسرة. قال ولا يدفع الى بني هاشم لقوله عليه السلم يا بني
هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس
الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما
التطوع فبمنزلة التبرد بالماء. قال وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر
وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب ومواليهم. اما هؤلاء فلانهم ينسبون
الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى
لرسول الله صلى الله عليه وسلم ساله اتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا
بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث يؤخذ منه الجزية ويعتبر
حال المعتق لانه القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص. قال
ابو حنيفة ومحمد رح اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او
هاشمي او كافر او دفع في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال
ابو يوسف عليه الاعادة لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء
وصار كالاواني والثياب. ولهما حديث معن بن يزيد فانه عليه السلام قال
فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته
ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبتني الامر فيها
على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة. وعن ابي حنيفة رح في غير الغني انه
لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه مصرف

اما اذا شك فلم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر رأيه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا
اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا
يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما مر قال
ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان لان الغنى الشرعي
مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط
الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا
لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير
الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم
فصاعدا وان دفع جاز قال زفر لا يجوز لان الغنى قارن الاداء
فحصل الاداء الى الغني حكم الاداء فيعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى
وبقربه نجاسة قال وان يغني به انسانا احب الي معناه الاغناء
عن السؤال لان الاغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد
وانما تفرق صدقة كل قوم فيهم لما روينا من حديث معاذ وفيه رعاية
حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل
بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه و
ان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص

باب

صدقة الفطر قال صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا
لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده
اما وجوبها فلقوله عليه السلام في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او
كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن
صعير العدوي وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق
التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن
ظهر غنى وهو حجة على الشافعي في قوله تجب على من يملك الزيادة على قوت
يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغناء في الشرع به
فاضلا عما ذكر من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق

بالحاجة كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان
الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث
ابن عمر رض قال فرض رسول الله زكوة الفطر على الذكر والانثى الحديث
ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه يضاف
اليه يقال زكوة الرأس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار
انه وقته ولهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب
رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار لانه
يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا للخدمة
ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي
يوسف رح خلافا لمحمد لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة قال
ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فانه لا يليها في غير حقوق
النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار
وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير
امرهم اجزاهم استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم
الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى
ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده
وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها
على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثناء والعبد بين الشريكين لا فطرة
على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد
بين اثنين عند ابي حنيفة وقالا على كل واحد ما يخصه من الرؤس دون
الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع
لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي
المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام
في حديث ابن عباس ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي
الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي رح

لأن الوجوب عنده على العبد وهو ليس من أهله ولو كان على العكس فلا
وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير
له معناه إذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر على من له الخيار
لأن الولاية له وقال الشافعي رح على من له الملك لأنه من وظائفه
كالنفقة ولنا أن الملك موقوف لأنه لو رد يعود إلى قديم ملك البائع
ولو أجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتني عليه
بخلاف النفقة لأنها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة
على هذا الخلاف فصل في مقدار الواجب ووقته الفطرة
نصف صاع من بر أو دقيق أو سويق أو زبيب أو صاع من تمر أو شعير
وقال أبو يوسف ومحمد رح الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية
عن أبي حنيفة رح والأول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي
رح من جميع ذلك صاع لحديث أبي سعيد الخدري قال كنا نخرج ذلك
على عهد رسول الله ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة منهم
الخلفاء الراشدون وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في
الزبيب أنه والتمر يتقاربان في المقصود وله أنه والبر يتقاربان في
المقصود المعنى لأنه يؤكل كل واحد ويلقى من التمر النواة ومن الشعير
النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق و
السويق ما يتخذ من البر أما دقيق الشعير كالشعير والأولى أن يراعى فيهما
القدر والقيمة احتياطا وإن نص على الدقيق في بعض الأخبار ولم يبين
ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم
يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن أبي حنيفة رح وعن محمد
رح أنه يعتبر كيلا والدقيق أولى من البر والدراهم أولى من الدقيق فيما
يروى عن أبي يوسف وهو اختيار الفقيه أبي جعفر لأنه أدفع للحاجة وأعجل
به وعن أبي بكر الأعمش تفضيل الحنطة لأنه أبعد عن الخلاف إذ في الدقيق
والقيمة خلاف الشافعي رح قال والصاع عند أبي حنيفة ومحمد رح

ثمانية أرطال بالعراقي وقال أبو يوسف خمسة أرطال وثلث رطل وهو
قول الشافعي رح لقوله عليه السلام صاعنا أصغر الصيعان ولنا ما روي
أنه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال
وهكذا كان صاع عمر رح وهو أصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي
قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال
الشافعي رح بغروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان حتى أن من
أسلم أو ولد ليلة الفطر يجب فطرته عندنا وعنده لا يجب وعلى عكسه
من مات فيها من مماليكه أو ولده له أنه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا
أن الإضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم دون الليل و
المستحب أن يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج إلى المصلى لأنه
عليه السلام كان يخرج قبل أن يخرج ولأن الأمر بالإغناء كيلا يتشاغل
الفقير بالمسئلة عن الصلوة وذلك بالتقديم فإن قدموها على يوم
الفطر جاز لأنه أدى بعد تقرر السبب فأشبه التعجيل في الزكوة ولا
تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وإن أخروها عن يوم الفطر لم تسقط
وكان عليهم إخراجها لأن وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الأداء
فيها بخلاف الأضحية

كتاب الصوم

قال الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب ضربان منه ما
يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز بنية من الليل
وإن لم ينو حتى أصبح أجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال
الشافعي لا يجزيه اعلم أن صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم
الصيام وعلى فرضيته انعقد الإجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب
لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الأول الشهر ولهذا يضاف
إليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب وجوب صومه وسبب الثاني النذر
والنية من شرطه وسنبينه وتفسيره إن شاء الله تعالى وجه قوله في
الخلافية قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولأنه لما

فسد الجزء الأول لفقد النية فسد الثاني ضرورة أنه لا يتجزى بخلاف
النفل لأنه متجزئ عنده ولنا قوله عليه السلام بعد ما شهد الأعرابي برؤية
الهلال ألا من أكل فلا يأكلن بقية يومه ومن لم يأكل فليصم وما
رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال أو معناه لم ينو أنه صوم من الليل و
لأنه يوم صوم فيتوقف الإمساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة
بأكثره كالنفل وهذا لأن الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى
فترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلاة والحج لأنهما أركان
فيشترط قرانها بالعقد على أدائها وبخلاف القضاء لأنه يتوقف على صوم
ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لأنه لم يوجد قرانها
بالأكثر فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال
وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الأصح لأنه لا بد من وجود
النية في أكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر إلى وقت الضحوة الكبرى
فيشترط النية قبلها لتتحقق في الأكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم
خلافا لزفر لأنه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من
الصوم يتأدى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر خلافا لـ (قال)
الشافعي رح في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لأنه بنية النفل
معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا أن الفرض متعين فيه فيصاب
بأصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه وإذا نوى النفل أو
واجبا آخر فقد نوى أصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي
الأصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند أبي
يوسف ومحمد رح لأن الرخصة كيلا تلزم المعذور مشقة فإذا تحملها
التحق بغير المعذور وعند أبي حنيفة رح إذا صام المريض والمسافر بنية
واجب آخر يقع عنه لأنه شغل الوقت بالأهم لتحتمه للحال وتخيره في صوم
رمضان إلى إدراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على
إحديهما أنه ما صرف الوقت إلى الأهم (قال) والضرب الثاني ما ثبت

في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارة فلا يجوز إلا بنية من الليل لأنه
غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء (قال) والنفل كله يجوز بنية
قبل الزوال خلافا لمالك رح فإنه يتمسك بإطلاق ما روينا ولنا
قوله عليه السلام بعد ما كان يصبح غير صائم إني إذا لصائم ولأن المشروع
خارج رمضان هو النفل فيتوقف الإمساك في أول اليوم على صيرورته
صوما بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز (وقال)
الشافعي رح يجوز ويصير صائما من حين نوى إذ هو متجزئ عنده لكونه
مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال إلا أن من شرطه الإمساك
في أول النهار وعندنا يصير صائما من أول النهار لأنه عبادة
قهر النفس وهي إنما تتحقق بإمساك مقدر فيعتبر قران النية بأكثره
(قال) وينبغي للناس أن يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع و
العشرين من شعبان فإن رأوه صاموا وإن غم عليهم أكملوا عدة شعبان
ثلثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته
فإن غم عليكم الهلال فأكملوا شعبان ثلثين يوما ولأن الأصل بقاء
الشهر فلا ينتقل عنه إلا بدليل ولم يوجد (قال) ولا يصومون يوم
الشك إلا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه
أنه من رمضان إلا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه (احدها) أن ينوي
صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولأنه تشبه بأهل الكتاب لأنهم
زادوا في مدة صومهم ثم إن ظهر أن اليوم من رمضان يجزيه لأنه
شهد الشهر وصامه وإن ظهر أنه من شعبان كان تطوعا وإن أفطر لم
يقضه لأنه في معنى المظنون (والثاني) أن ينوي عن واجب آخر وهو مكروه
أيضا لما روينا إلا أن هذا دون الأول في الكراهة ثم إن ظهر أنه من رمضان
يجزيه لوجود أصل النية وإن ظهر أنه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا
لأنه منهي عنه فلا يتأدى به الواجب وقيل يجزيه عن الذي نواه وهو
الأصح لأن المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يقوم

بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي وهو ترك الاجابة تلازم كل
صوم والكراهية هنا لصورة النهي قال والثالث ان ينوي التطوع وهو
غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي رح في قوله يكره على سبيل
الابتداء والمراد بقوله عليه السلم لا تقدموا رمضان بصوم يوم و لا
بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم
ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام
ثلثة ايام من آخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا
عن ظاهر النهي وقيل الصوم افضل اقتداء بعائشة وعلي رح فانهما
كانا يصومانه والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي
العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة والرابع ان
يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا
يصوم ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع
عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غدا غداء يفطر وان لم يجد يصوم
والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا من رمضان
يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب آخر وهذا مكروه لتردده
بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزأه لعدم التردد
في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب آخر لان الجهة
لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون
بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه
وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان
ظهر انه من رمضان اجزأه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز
عن نفله لانه يتأدى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول
الاسقاط في عزيمته من وجه ومن رأى هلال رمضان وحده صام وان لم
يقبل الامام شهادته لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وقد رأى ظاهرا
وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رحمه الله عليه

الكفارة ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه وحكما
لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو
تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو
افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ فيه ولو اكمل هذا
الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط و
الاحتياط بعد ذلك في تأخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا
للحقيقة التي عنده قال واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة
الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا لانه
امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة و
تشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتأويل
قول الطحاوي عدلا كان او غير عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار
او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما
تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر وعن ابي حنيفة رح انها لا تقبل لانها
شهادة من وجه وكان الشافعي رح في احد قوليه يشترط المثنى والحجة
عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلم قبل شهادة الواحد في رؤية
هلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلثين يوما
لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رح للاحتياط ولان الفطر لا
يثبت بشهادة الواحد وعن محمد انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت
الرمضانية بشهادة الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق
الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة واذا لم تكن بالسماء علة
لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد بالرؤية
في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا
بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق
للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن ابي يوسف رح خمسون
رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق بين اهل المصر ومن ورد من خارج

المصر وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج
المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا اذا كان
على مكان مرتفع في المصر **قال** ومن رأى هلال الفطر وحده لم
يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب **قال** واذا كان
بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين
لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر حقوقه والاضحى كالفطر
في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما روي عن ابي حنيفة رح
انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي
وان لم يكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما
ذكرنا **قال** ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى
غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض
من الخيط الاسود الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض
النهار وسواد الليل والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا
مع النية لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال فيه الا انه
زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة عن العادة واختص بالنهار
لما تلونا ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على
خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط
لتحقق الاداء في حق النساء

باب

ما يوجب القضاء والكفارة واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم
يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك رح لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا
في الصلوة وجه الاستحسان قوله عليه السلام للذي اكل وشرب ناسيا
تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في الاكل و
الشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة
الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق
بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل ولو كان مخطئا او مكرها فعليه

القضاء خلافا للشافعي رح فانه يعتبره بالناسي ولنا انه لا يغلب
وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق و
الاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة
فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام ثلاث لا يفطرن الصائم
القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه وهو
الانزال عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امرأة فامنى لما بينا
وصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا ولو ادهن لم
يفطر لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه
ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام
لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا
لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لان الحكم
هنالك ادير على السبب على ما يأتي في موضعه وان انزل بقبلة او لمس فعليه
القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة او
معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية
لانها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا بأس بالقبلة اذا امن على نفسه
اي الجماع او الانزال ويكره اذا لم يأمن لان عينه ليس بمفطر وربما يصير
فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له وان لم يأمن تعتبر عاقبته وكره
له والشافعي رح اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا والمباشرة
مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد انه كره المباشرة الفاحشة لانها
قلما تخلو عن الفتنة ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر و
في القياس يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى
كالتراب والحصاة وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه
الغبار والدخان واختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان
الامتناع عنه اذا آواه خيمة او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر و
ان كان كثيرا يفطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر

حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة
ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة
وما دونها قليل وان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه
لما روي عن محمد رح ان الصائم اذا ابتلع سمسمة بين اسنانه لا يفسد
ولو اكلها ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفي مقدار
الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند ابي يوسف رح وعند زفر رح
عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف رح انه يعافه الطبع
قال فان ذرعه القيء لم يفطر لقوله عليه السلام من قاء فلا
قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم و
ما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند ابي يوسف رح لانه خارج
حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد رح لا يفسد لانه لم توجد
صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان
اعاده فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر
وان كان اقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا
صنع له في الادخال وان اعاده فكذلك عند ابي يوسف رح لعدم الخروج
وعند محمد يفسد لوجود الصنع منه في الادخال فان استقاء عمدا ملء
فيه فعليه القضاء لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم
الصورة وان كان اقل من ملء الفم فكذلك عند محمد رح لاطلاق
الحديث وعند ابي يوسف رح لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان عاد لم
يفسد عنده لعدم سبق الخروج وان اعاده فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا
وعنه انه يفسد فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع قال ومن ابتلع
الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى
ومن جامع عمدا في احد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة
الفائتة والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا
بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق دونه وانما ذلك شبع وعن

ابي حنيفة رح انه لا يجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا
بالحد عنده والاصح انه يجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع
ميتة او بهيمة فلا كفارة انزل او لم ينزل خلافا للشافعي رح لان
الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما
يجب الكفارة بالوقاع على الرجل يجب على المرأة وقال الشافعي
رح في قول لا يجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هي محل
الفعل وفي قول يتحمل عنها الرجل اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله
عليه السلام من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم
الاناث ولان السبب جناية الافساد لا نفس الوقاع وقد شاركته
فيها ولا يتحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيهما التحمل ولو اكل او
شرب ما يتغذى به او ما يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال
الشافعي رح لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس
لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت
بجناية الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق
تكفيرا عرفنا ان التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل
كفارة الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله
هلكت واهلكت فقال عليه السلام ماذا صنعت فقال واقعت امراتي في نهار
رمضان متعمدا فقال عليه السلام اعتق رقبة فقال لا املك الا رقبتي
هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من الصوم
فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله عليه السلام ان
يؤتى بفرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال
فرقها على المساكين فقال والله ليس بين لابتي المدينة احد احوج مني
ومن عيالي فقال عليه السلام كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا
بعدك وهو حجة على الشافعي رح في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب
وعلى مالك في نفيه التتابع للنص عليه قال ومن جامع فيما دون

الفرج فانزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدامه
صورة وليس في افساد الصوم في غير رمضان كفارة لان الافطار في رمضان
ابلغ في الجناية فلا يلحق به غيره ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه
افطر لقوله عليه السلام الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول
ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة لانعدام الصورة ولو اقطر
في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف
ما اذا دخله الدهن وان داوى جائفة او آمة بدواء فوصل الى جوفه او الى
دماغه افطر عند ابي حنيفة والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم
التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى كما في اليابس
من الدواء وان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى
الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة
فينسد فمها ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف رح يفطر وهو قول محمد مضطرب فيه فكانه وقع عند ابي يوسف
رح ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول ووقع عند ابي حنيفة
رح ان المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب
الفقه ومن ذاق شيئا بفيه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره
له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة ان تمضغ
لصبيها الطعام اذا كان لها منه بد لما بينا ولا بأس اذا لم تجد منه
بدا صيانة للولد الا يرى ان لها ان تفطر اذا خافت على الولد ومضغ
العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما
يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان
ملتئما لانه يتفتت الا انه يكره لما فيه من تعريض على الفساد ولانه
يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك
في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما
فيه من التشبه بالنساء قال ولا بأس بالكحل ودهن الشارب

لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي عليه
السلام الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال
للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب
اذا لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية
اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة
والعشي لقوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك من غير فصل
وقال الشافعي يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو
الخلوف فشابه دم الشهيد قلنا هو اثر العبادة فاللائق به الاخفاء
بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين
المبلول بالماء لما روينا فصل ومن كان مريضا في رمضان
فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي رح لا
يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو كما يعتبر في التيمم ونحن
نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز
عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر جاز
لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد
يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي رح
الفطر افضل لقوله عليه السلام ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان
رمضان افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة
الجهد وان مات المريض والمسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء
لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا
لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار و
فائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة
وابي يوسف وبين محمد رح وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق
لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسألة
السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء

فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى
اسقاط الواجب فان اخر حتى دخل رمضان آخر صام الثاني لانه في
وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب
القضاء على التراخي حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا
على نفسهما او ولديهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما
لانه افطار بعذر ولا فدية خلافا للشافعي فيما اذا خافت على الولد
هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ
الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد
لا وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر و
يطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى
وعلى الذين يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل
حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان
فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا
من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم
لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي رح وعلى هذا الزكوة هو
يعتبره بديون العباد اذ كل ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا
انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون الوراثة
لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم
باستحسان المشايخ وكل صلوة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم
عنه الولي ولا يصلي لقوله عليه السلام لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد
عن احد ومن دخل في صوم التطوع او في صلوة التطوع ثم افسده قضاه
خلافا للشافعي رح له انه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به
ولنا ان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا
وجب المضي وجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر
في احدى الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله عليه

السلام افطر واقض يوما مكانه واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان
امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء
عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهلية و
لم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان
السبب فيها الجزء المتصل بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء
الاول والاهلية منعدمة عنده وعن ابي يوسف رح انه اذا زال الكفر او الصبا
قبل الزوال فعليهما القضاء لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر ان
الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي
ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر
ليس من اهل التطوع ايضا والصبي من اهله واذا نوى المسافر الافطار
ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي
اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه ان يصوم
لزوال المرخص في وقت النية الا يرى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر
لا يباح له الافطار ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر
في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه في رمضان
لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك
المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لعدم النية و
ان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال
مالك لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة
بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات متفرقة
لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة بخلاف الاعتكاف
ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل
الحجى فيصير عذرا في التأخير لا في الاسقاط ومن جن رمضان كله لم يقضه
خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط هو الحرج والاغماء
لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج واذا افاق

المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما
يقولان لم يجب الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب
ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة
وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه
يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي
والعارض قيل هذا ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا
بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم
جن وهذا مختار بعض المتأخرين ومن لم ينو في رمضان كله صوما ولا
فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر يتأدى صوم رمضان بدون النية
في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه
كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الامساك بجهة
العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة النصاب وجد نية القربة على ما مر
في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فافطر فلا كفارة عليه عند ابي حنيفة
رح وقال زفر رح عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده وقال
ابو يوسف ومحمد رح اذا اكل قبل الزوال يجب الكفارة لانه فوت
امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة رح ان الكفارة
تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المرأة
او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر
في الصلوة واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا
بقية يومهما وقال الشافعي رح لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف
كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول اليوم هو يقول التشبه
خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا و
لنا انه وجب قضاء لحق الوقت لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف
الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه
الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم قال

واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو
يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت
بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في
المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه
قال عمر رض ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر
الفجر الثاني وقد بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله عليه السلام تسحروا
فان في السحور بركة والمستحب تأخيره لقوله عليه السلام ثلث من اخلاق
المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك الا انه اذا شك في
الفجر ومعناه تساوي الظنين الافضل ان يدع تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه
ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة رح انه اذا
كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره
علة وهو يشك لا ياكل ولو اكل فقد اساء لقوله عليه السلام دع ما يريبك
الى ما لا يريبك وان كان اكبر رايه انه اكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا
بغالب الراي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين
لا يزال الا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل
فلا يتحقق العمدية ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو
النهار ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رايه انه اكل
قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان
شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو
النهار ومن اكل في رمضان ناسيا فظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا
فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فيتحقق الشبهة
وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية عن ابي حنيفة رح وعنهما انها تجب و
كذا عنهما لانه لا اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر
الى القياس ولا ينتفي بالعلم كوطي الاب جارية ابنه ولو احتجم وظن ان ذلك
يفطره ثم اكل متعمدا فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل

إلا إذا أفتاه فقيه بالفساد لأن الفتوى دليل شرعي في حقه وإن بلغه الحديث
واعتمده فكذا عند محمد رح لأن قول الرسول لا ينزل عن قول المفتي وعن
أبي يوسف خلاف ذلك لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء
في حقه إلى معرفة الأحاديث وإن عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء
الشبهة وقول الأوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو أكل
بعدما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيفما كان لأن
الفطر يخالف القياس والحديث مؤول بالإجماع وإذا جومعت النائمة أو
المجنونة وهي صائمة فعليها القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي
رح لا قضاء اعتبارا بالناسي والعذر هنا أبلغ لعدم القصد ولنا أن النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية

فصل

فيما يوجبه على نفسه وإذا قال لله علي صوم يوم النحر أفطر وقضى فهذا النذر
صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي هما يقولان إنه نذر بما هو معصية
لورود النهي عن صوم هذه الأيام ولنا أنه نذر بصوم مشروع والنهي
لغيره وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن
المعصية المجاورة ثم يقضي إسقاطا للواجب وإن صام فيه يخرج عن العهدة
لأنه أداه كما التزمه قال وإن نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني
إذا أفطر وهذه المسألة على وجوه ستة إن لم ينو شيئا أو نوى النذر لا
غير أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذرا لأنه نذر
بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون
نذرا يكون يمينا لأن اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وإن
نواهما يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف
رح يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا
لأبي يوسف أن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الأول
على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما
تترجح الحقيقة ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين لأنهما يقتضيان الوجوب

إلا أن النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين
كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض ولو قال
لله علي صوم هذه السنة أفطر يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق وقضاها
لأن النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الأيام وكذا إذا لم يعين لكنه
شرط التتابع لأن المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل
موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الإمكان ويأتي في هذا خلاف زفر و
الشافعي للنهي عن الصوم فيها وهو قوله عليه السلام ألا لا تصوموا في
هذه الأيام فإنها أيام أكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه والعذر
عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجز صوم هذه الأيام لأن الأصل فيما يلتزمه
الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما إذا عينها لأنه التزم بوصف
النقصان فيكون الأداء بالوصف الملتزم وعليه كفارة يمين إن أراد يمينا
وقد سبقت وجوهه ومن أصبح يوم النحر صائما ثم أفطر لا شيء عليه وعن أبي
يوسف ومحمد رح في النوادر أن عليه القضاء لأن الشروع ملزم كالنذر
وصار كالشروع في الصلاة في الوقت المكروه والفرق لأبي حنيفة وهو
ظاهر الرواية أن بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف
على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب إبطاله فلا تجب صيانته ووجوب
القضاء ينبني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا
بنفس الشروع في الصلاة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة
فتجب صيانة المؤدى ويكون مضمونا بالقضاء وعن أبي حنيفة رح أنه لا يجب
القضاء في فصل الصلاة أيضا والأظهر هو الأول

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح أنه سنة مؤكدة لأن النبي عليه السلام
واظب عليه في العشر الأواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة قال
وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف أما اللبث فركنه لأنه ينبئ
عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
والنية شرط في العبادات سائر هو يقول إن الصوم عبادة هو أصل بنفسه

فلا يكون شرطاً لغيره ولنا قوله عليه السلم لا اعتكاف الا بالصوم و
القياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب
منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة لظاهر ما
روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو قول
محمد رح اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا ترى
انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطع لا
يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي
رواية الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في
مسجد الجماعة لقول حذيفة رح لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة
رح انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار
الصلوة فيختص بمكان يؤدى فيه اما المرأة تعتكف في مسجد بيتها لانه
هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها فيه قال ولا يخرج من المسجد
الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة لحديث عايشة رح كان النبي عليه السلم
لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها ولا بد من
الخروج في تقضيها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من
الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما الجمعة فلانها من
اهم حوائجه وهي معلوم وقوعها قال الشافعي رح الخروج اليها
مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد
مشروع واذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين
تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان بيته بعيدا عنه يخرج في وقت
يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة و
الركعتان تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في
سنة الجمعة وسننها توابع لها فالحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر
من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم
اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من

المسجد ساعة من غير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة رح لوجود المنافي
وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو استحسان
لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب يكون في معتكفه
لان النبي عليه السلم لم يكن له ماوى الا في المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة
في المسجد فلا ضرورة الى الخروج قال ولا بأس بان يبيع ويبتاع
في المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه قد يحتاج الى ذلك بان لا يجد
من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشرى لان المسجد
محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشرى فيه
لقوله عليه السلم جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم
قال ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة
في شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطي لقوله
تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد الاية وكذا اللمس و
القبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظور كما في الاحرام بخلاف
الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه فان جامع ليلا او
نهارا عامدا او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف
الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون
الفرج فانزل او قبل او لمس فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى
يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى
الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم قال ومن اوجب على
نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل
الجمع يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رأيتك منذ ايام والمراد
بلياليها وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على
التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفريق
لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفريق حتى ينص على التتابع وان
نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب اعتكاف

يومين يلزمه لمبيتهما. قال ابو يوسف لا يدخل الليلة الاولى لان
المثنى غير الجمع وفي المتوسطة ضرورة الاتصال وجه الظاهر ان
المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة.

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا
على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى
حين عوده وكان الطريق آمنا. وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبت
فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الآية ولا
يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عليه السلام قيل له الحج في كل عام ام مرة
واحدة فقال بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد
فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف رح وعن ابي حنيفة
رح ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رح على التراخي لانه وظيفة العمر فكان
العمر فيه كالوقت في الصلوة وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في
سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف
وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله
عليه السلام ايما عبد حج عشر حجج ثم عتق فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة
والعبادات باسرها موضوعة عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف
وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة
سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفة رح خلافا لهما
وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفة رح انه يجب لانه
مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد رح انه لا يجب لانه
غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه
فاشبه الضال عنه ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكترى
به شق محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عليه السلام
سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة فلا
شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان في الركوب لم توجد الراحلة في جميع

السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم واثاث
البيت وثيابه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان
يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده لانه حق مستحق للمرء وحق العبد
مقدم على حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل مكة الراحلة
لانه لا يلحقهم مشقة زائدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد من
امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى
لا يجب عليه الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة رح وقيل هو شرط الاداء
دون الوجوب لانه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير
قال ويعتبر في المرأة ان تكون لها محرم تحج بها او زوج ولا يجوز
لها ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة ثلاثة ايام قال
الشافعي رح يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول
الامن بالمرافقة ولنا قوله عليه السلام لا تحجن امراة الا ومعها محرم ولانها
بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم
الخلوة بالاجنبية وان كان معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين
مكة اقل من ثلاثة ايام لانه يباح لها الخروج الى ما دون السفر بغير محرم
وان وجدت محرما لم يكن للزوج منعها قال الشافعي رحمه الله
له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في
حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها وان كان المحرم
فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل
محرم الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي
والمجنون لانه لا يتأتى منهما الصيانة والصبية اذا بلغت حد الشهوة بمنزلة
البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به
الى اداء الحج واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب او شرط الاداء على حسب
اختلافهم في امن الطريق. واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او عتق العبد فمضيا
لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب

لاداء الفرض ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام
جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية
اما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج عنه بالشروع في غيره

فصل

والمواقيت التي لا يجوز ان يجاوزها الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة
ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل النجد
قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة
التاقيت المنع عن تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق
ثم الافاقي اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او
العمرة او لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز احد الميقات الا محرما
ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر
والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته
لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصار كاهل
مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام لحاجتهم بخلاف ما اذا قصد
اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت
جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم بهما من دويرة
اهله كذا قاله علي وابن مسعود رض والافضل التقديم عليها لان اتمام
الحج مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة انما يكون
افضل اذا كان يملك نفسه ان لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات
فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه من
دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته
في الحج الحرم وفي العمرة الحل لانه عليه السلم امر اصحابه بان يحرموا بالحج من
جوف مكة وامر اخا عائشة رض ان يعمرها من التنعيم وهي في الحل ولان
اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر و
اداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود
الاثر به

باب الاحرام

واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه عليه
السلم اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع
فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل لان
معنى النظافة فيه اتم ولانه عليه السلم اختاره قال ولبس ثوبين
جديدين او غسيلين ازارا ورداء لانه عليه السلم ائتزر وارتدى عند
احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد
وذلك فيما عيناه قال والجديد افضل لانه اقرب الى الطهارة قال
ومس طيبا ان كان له وعن محمد انه يكره اذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام
وهو قول مالك والشافعي رح لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ووجه
المشهور حديث عائشة رض قالت كنت اطيب رسول الله لاحرامه قبل ان يحرم
ولان الممنوع عنه التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه
مباين عنه قال وصلى ركعتين لما روى جابر ان النبي عليه السلم صلى
بذي الحليفة ركعتين عند احرامه قال وقال اللهم اني اريد الحج
فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة واماكن متباينة فلا يعرى
عن المشقة عادة فيسال التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان
مدتها يسيرة واداؤها عادة متيسر قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي
انه عليه السلم لبى في دبر صلوته وان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز و
لكن الاول افضل لما روينا وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه
عبادة والاعمال بالنيات والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك
لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله ان
الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى
وهو اجابة لدعاء الخليل صلى الله عليه وسلم على ما هو المعروف في القصة
ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه هو المنقول باتفاق الرواة
فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي في رواية الربيع عنه
هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء

الصحابة رض كابن مسعود وابن عمر وابي هريرة زاد على المأثور ولان
المقصود الثناء واظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة عليه قال
واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة لا يتأدى الا بالنية الا انه
لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير
شارعا في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي رح لانه
عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة ويصير شارعا بذكر
يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور
عن اصحابنا رح والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما ان باب الحج اوسع
من باب الصلوة حتى يقام غيره مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير
التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله عنه من الرفث والفسوق
والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا
نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة
النساء والفسوق المعاصي وهي في حال الاحرام اشد حرمة والجدال
ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره ولا
يقتل صيدا لقوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه ولا
يدل عليه لحديث ابي قتادة انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه
محرمون فقال النبي عليه السلم لاصحابه هل اشرتم هل دللتم هل اعنتم
فقالوا لا فقال عليه السلم اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه
آمن بتوحشه وبعده عن الاعين قال ولا يلبس قميصا ولا سراويل
ولا عمامة ولا قباء ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من
الكعبين لما روي انه عليه السلم نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء وقال
في آخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين والكعب
هنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك دون الناتئ فيما
روى هشام عن محمد رح ولا يغطي وجهه ولا رأسه وقال الشافعي
رح يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه السلم احرام الرجل في رأسه واحرام

المرأة في وجهها ولنا قوله عليه السلم لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه
يبعث ملبيا قاله في محرم توفي ولان المرأة لا تغطي وجهها مع ان في
الكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في تغطية
الرأس قال ولا يمس طيبا لقوله عليه السلم الحاج الشعث التفل وكذا
لا يدهن لما روينا قال ولا يحلق رأسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى
ولا تحلقوا رؤسكم الآية ولا يقص من لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة
الشعث وقضاء التفث ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا
عصفر لقوله عليه السلم لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس قال
الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون وقال
الشافعي رحمه الله لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له
رائحة طيبة قال ولا بأس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رض اغتسل
وهو محرم ولا بأس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك يكره ان يستظل
بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس ولنا ان عثمان كان
يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت
استار الكعبة حتى غطاه ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به
لانه استظلال ولا بأس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك رح
يكره اذا كان نفقة غيره لانه لا ضرورة ولنا انه ليس في معنى لبس
المخيط فاستوت فيه الحالتان قال ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي
لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس قال ويكثر من التلبية عقيب
الصلوات وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبا وبالاسحار لان
اصحاب رسول الله كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على
مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال و
يرفع صوته بالتلبية لقوله عليه السلم افضل الحج العج والثج والعج رفع الصوت
بالتلبية والثج اراقة الدماء واذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي
ان النبي عليه السلم كان اذا دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت

وهو فيه ولا يغير لباسه دخلها ليلا او نهارا لان دخول بلدة فلا يختص
باحدهما قال واذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رحمه الله
يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد لم يعين في الاصل لمشاهد
الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول
منها فحسن قال ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر لما روي ان
النبي عليه السلام دخل المسجد فابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل
قال ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر واستلمه وقبله ان استطاع من غير
ان يؤذي مسلما لما روي انه عليه السلام قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه
عليه قال لعمر انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس
على الحجر ولكن اذا وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان
الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان
يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عليه
السلام طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئا من
ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم
قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف
بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عليه السلام استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه
مما يلي الباب فطاف سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل رداءه تحت
ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن
رسول الله عليه السلام قال ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو
اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر ويسمى حجرا لانه
حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله عليه السلام في حديث عائشة رض فان
الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة
التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا يجزيه
الصلوة لان فرضية التوجه ثبت بنص الكتاب فلا يتادى بما ثبت بخبر الواحد

احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل في الثلث
الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر
بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد للمشركين
حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن
النبي عليه السلام وبعده ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة
نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول من
رمل النبي عليه السلام فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا
رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان
الاستقبال بدل له ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع لان اشواط الطواف
كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر
فان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن
اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد انه سنة ولا يستلم غيرهما
فان النبي عليه السلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم
الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر قال ثم يأتي المقام فيصلي
عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال
الشافعي رح سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عليه السلام وليصل
الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه لانه
روي ان النبي عليه السلام لما صلى ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل
طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام
فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي وهذا الطواف طواف
القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب وقال مالك
انه واجب لقوله عليه السلام من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله
تعالى امر بالطواف مطلقا والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين
طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب
قال وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم

قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل
ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويرفع يديه ويدعو الله تعالى لحاجته
لما روي انه عليه السلام صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل
البيت يدعو الله ولان الثناء والصلوة يقدمان على الدعاء تقريبا الى
الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر
ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج
الى الصفا من اي باب شاء وانما خرج النبي عليه السلام من باب بني
مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا
لا انه سنة قال ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن
الوادي يسعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى ياتي
المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي ان النبي عليه السلام
نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا
خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط
قال وهذا شوط فيطوف سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة
ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبدأ بالصفا لقوله
عليه السلام ابدؤا بما بدأ الله به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس
بركن وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله عليه السلام ان الله تعالى
كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله
يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في الايجاب
ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي
كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الاية
قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله
قال ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة قال عليه السلام
الطواف بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا
يسعى عقيب هذه الاطوفة في هذه المدة لان السعي لا يجب فيها الا مرة و

التنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا
الطواف على ما بينا فاذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام
خطبة يعلم فيها الناس الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف و
الافاضة فالحاصل ان في الحج ثلث خطب اولها ما ذكرنا والثانية
بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في يوم الحادي عشر فيفصل بين كل
خطبتين بيوم وقال زفر رح يخطب في ثلثة ايام متوالية اولها
يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم
ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب
انجع فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي
الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة
فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب
والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها
الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم
اقامة نسك ولكنه اساء في تركه الاقتداء برسول الله عليه السلام قال
ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع
قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل وينزل بها
مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والاجابة في الجمع ارجى
وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال واذا
زالت الشمس يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة
يعلم فيها الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق
وطواف الزيارة يخطب خطبتين بينهما جلسة كما في الجمعة هكذا فعله رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال مالك يخطب بعد الصلوة
لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولان
المقصود منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب اذا صعد
الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف رح انه

يؤذن قبل خروج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا
لان النبي عليه السلام لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين
يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة
فاشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان
واقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلوتين
وفيما روى جابر بن عبد الله ان النبي عليه السلام صلاهما باذان و
اقامتين ثم بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر
يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين
الصلوتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه
فعل فعل مكروها واعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي
عن محمد رح لان اشتغاله بالتطوع او بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول
فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة
قال ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته عند ابي
حنيفة رح وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد
الوقوف والمنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة رح ان المحافظة على الوقت فرض
بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع
الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما
تفرقوا في الموقف لا لما ذكرا اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة رح الامام
شرط في الصلوتين جميعا قال زفر رح في العصر خاصة لانه هو المغير
عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابي حنيفة رح ان التقديم على
خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى
بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام
بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للاحرام على وقت الجمع وفي اخرى يكتفي
بالتقديم على الصلوة لان المقصود هو الصلوة قال ثم يتوجه الامام
الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلوة لان

النبي عليه السلام راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل يسمى جبل الرحمة
والموقف موقف الاعظم وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله عليه
السلام عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف
وارتفعوا عن وادي محسر قال وينبغي للامام ان يقف بعرفة على
راحلته لان النبي عليه السلام وقف على ناقته وان وقف على قدميه جاز و
الاول افضل لما بينا وينبغي للامام ان يقف مستقبل القبلة لان النبي
عليه السلام وقف كذلك و قال عليه السلام خير المواقف ما استقبلت
به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما روي انه عليه السلام كان يدعو
يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء وان ورد الاثار
ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة الناسك
في عدة المناسك بتوفيق الله تعالى قال وينبغي للناس ان يقفوا
بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا وينبغي ان يقف وراء الامام
ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها موقف على
ما ذكرنا قال ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف بعرفة ويجتهد في
الدعاء اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز
كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد في الدعاء فلانه
عليه السلام اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في
الدماء والمظالم ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة وقال مالك يقطع
التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان
ولنا ما روي ان النبي عليه السلام ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة ولان
التلبية فيه كالتكبير في الصلوة فيأتي بها الى آخر جزء من الاحرام فاذا
غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى يأتوا المزدلفة
لان النبي عليه السلام دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة
المشركين وكان عليه السلام يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان
خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حد عرفة اجزاه لانه لم

بعض من عرفة والافضل له ان يقف في مقامه كيلا يكون آخذا في الاداء
قبل وقتها ولو مكث قليلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام لان
فلا بأس به لما روي ان عائشة رض بعد افاضة الامام دعت بشراب
فافطرت ثم افاضت قال واذا اتى مزدلفة فالافضل ان يقف
بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لانه عليه السلم وقف عند هذا
الجبل وكذا عمر رض ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة
فينزل عن يمينه او يساره ويستحب ان يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف
بعرفة قال ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء باذان واقامة
واحدة وقال زفر رح باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا
رواية جابر ان النبي عليه السلم جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان
العشاء في وقته فلا يفرد بالاعلام بخلاف العصر بعرفة لانه
مقدم على وقته فافرد به لزيادة الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع
ولو تطوع او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي ان
يعيد الاذان كما في الجمع بعرفة الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي
ان النبي عليه السلم صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء
ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة رح لان المغرب مؤخر عن
وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته قال ومن صلى
المغرب في الطريق لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رح وعليه اعادتها ما لم يطلع
الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى
بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها فلا يجب اعادتها كما بعد طلوع
الفجر الا ان التأخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي انه عليه
السلم قال لاسامة رح في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه وقت
الصلوة وهذا اشارة الى ان التأخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين
الصلوتين بالمزدلفة وكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا
بينهما واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة قال واذا طلع

الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رض ان النبي
عليه السلم صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف
فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف ووقف الناس معه فدعا لان النبي
عليه السلم وقف في هذا الموقف يدعو حتى روي في حديث ابن عباس
فاستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب
عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي
رح انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت الركنية
ولنا ما روي انه عليه السلم قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل
ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا
الوجوب بقوله عليه السلم من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل
ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب
غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كانت امرأة تخاف الزحام
لا شيء عليه لما روينا والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا من
قبل واذا طلعت الشمس افاض الامام والناس حتى يأتوا منى قال
رضي الله عنه هكذا وقع في نسخ المختصر وهذا غلط والصحيح اذا اسفر افاض
الامام والناس معه لان النبي عليه السلم دفع قبل طلوع الشمس قال
فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصى الخذف
لان النبي عليه السلم لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة
وقال عليه السلم عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى
باكبر منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا يتأذى
به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع النسك
والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا
روى ابن مسعود وابن عمر رض ولو سبح مكان التكبير اجزاه لحصول
الذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف عندها لان النبي عليه السلم لم
يقف عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود رض

وروى جابر أن النبي عليه السلم قطع التلبية عند أول حصاة رمى بها
جمرة العقبة ثم كيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظهر إبهامه اليمنى و
يستعين بالمسبحة ومقدار الرمي أن يكون بين الرامي وبين موضع السقوط
خمسة أذرع كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رح لأن ما دون ذلك يكون
طرحا ولو طرحها طرحا أجزأه لأنه رمى إلى قدميه إلا أنه مسيء لمخالفته
السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه لأنه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا
من الجمرة يكفيه لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا
منها لا يجزيه لأنه لم يعرف قربة إلا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات
جملة فهذه واحدة لأن المنصوص عليه تفرق الأفعال ويأخذ الحصى
من أي موضع شاء إلا من عند الجمرة فإن ذلك يكره لأن ما عندها من
الحصى مردود هكذا جاء في الأثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل أجزأه لوجود
فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الأرض عندنا خلافا للشافعي
رح لأن المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف
ما إذا رمى بالذهب والفضة لأنه يسمى نثارا لا رميا قال ثم
يذبح إن أحب ثم يحلق أو يقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه قال إن أول نسكنا هذا أن نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولأن الحلق من
أسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم
الحلق من محظورات الإحرام فيقدم عليه الذبح وإنما علق الذبح بالمحبة
لأن الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق أفضل لقوله
عليه السلم رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولأن الحلق أكمل
في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فأشبه الاغتسال
مع الوضوء ويكتفي في الحلق بربع الرأس اعتبارا بالمسح وحلق الكل أولى
اقتداء برسول الله والتقصير أن يأخذ من رؤوس شعره مقدار الأنملة وقد
حل له كل شيء إلا النساء قال مالك إلا الطيب أيضا لأنه من دواعي
الجماع ولنا قوله عليه السلم فيه حل له كل شيء إلا النساء وهو مقدم

على القياس ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي
رح لأنه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر إلى تمام الإحلال ثم الرمي ليس
من أسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول إنه يتوقت بيوم
النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا أن ما يكون محللا يكون جناية
في غير أوانه كالحلق والرمي ليس بجناية بخلاف الطواف لأن التحلل
بالحلق السابق لا به ثم يأتي مكة من يومه ذلك أو من الغد أو من بعد
الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة أشواط لما روي أن النبي
عليه السلم لما حلق أفاض إلى مكة فطاف بالبيت ثم عاد إلى منى وصلى
الظهر بمنى ووقته أيام النحر لأن الله تعالى عطف الطواف على الذبح
قال فكلوا منها ثم قال وليطوفوا بالبيت العتيق فكان وقتهما واحدا
قال وأول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لأن ما قبله من الليل
وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وأفضل هذه الأيام أولها كما في
التضحية وفي الحديث أفضلها أولها فإن كان سعى بين الصفا والمروة
عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وإن كان لم يقدم
السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لأن السعي لم يشرع إلا مرة والرمل
ما شرع إلا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لأن
ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف أو نفلا لما بينا وقد حل له
النساء ولكن بالحلق السابق إذ هو المحلل لا بالطواف إلا أنه أخر عمله
في حق النساء وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن إذ هو المأمور
به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الإفاضة و
طواف يوم النحر ويكره تأخيره عن هذه الأيام لما بينا أنه موقت بها فإن
أخره عنها لزمه دم عند أبي حنيفة رح وسنبينه في باب الجنايات إن
شاء الله تعالى ثم يعود إلى منى فيقيم بها لأن النبي عليه السلم رجع إليها
كما روينا ولأنه بقي عليه الرمي وموضعه منى فإذا زالت الشمس في اليوم
الثاني من أيام النحر رمى الجمار الثلاث فيبدأ بالتي تلي مسجد الخيف فيرمي

بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك
ولا يقف عندها هكذا روى جابر فيما نقل من نسك رسول الله صلى الله
عليه وسلم مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس
ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه السلام
ويدعو لحاجته ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد به رفع الايدي بالدعاء
فينبغي ان يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لقوله عليه السلام
اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده
رمي يقف بعده لانه في وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيه وكل رمي
ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة
العقبة في يوم النحر ايضا قال واذا كان من الغد رمى الجمار الثلث
بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان اراد
ان يقيم رمى الجمار الثلث يوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى
فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى والافضل
ان يقيم لما روي ان النبي عليه السلام صبر حتى رمى الجمار الثلث في اليوم
الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول
وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم
الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة رح وهو استحسان
وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا
لم يترخص التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس ولانه لما ظهر اثر التخفيف
في هذا اليوم في حق الترك لان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى
بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال
في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على اصل المروي فاما
يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر وقال الشافعي
رح اوله بعد نصف الليل لما روي ان النبي عليه السلام رخص للرعاء ان

يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلام لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى
حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت بالاول والافضلية بالثاني وتأويل
ما روي الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف والرمي
يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابي حنيفة رح يمتد هذا الوقت
الى غروب الشمس لقوله عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي
جعل اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف رح انه يمتد الى
وقت الزوال والحجة عليه ما روينا وان اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث
الرعاء وان اخر الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة
رح لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه وان رماها راكبا اجزاه لحصول فعل
الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا
لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرمي ماشيا ليكون اقرب
الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف رح ويكره ان لا يبيت بمنى
ليالي الرمي لان النبي عليه السلام بات بمنى وعمر رض كان يؤدب على ترك
المقام بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي
رح لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا
يوجب الجابر ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي ان
عمر رض كان يمنع منه ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قلبه واذا نفر الى مكة
نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم
وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عليه
السلام قال لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون
فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة
للمشركين لطيف صنع الله به فصار سنة كالرمل في الطواف قال ثم دخل
مكة وطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى
طواف الوداع وطواف آخر عهده بالبيت لانه يودع البيت ويصدر به وهو
واجب عندنا خلافا للشافعي رح لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن

آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض قال إلا على أهل مكة
لأنهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا أنه شرع مرة واحدة
ويصلي ركعتي الطواف بعده لما بينا. ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي
أنه عليه السلام استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم أفرغ باقي الدلو في البئر
ويستحب أن يأتي الباب ويقبل العتبة. ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر إلى الباب
فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالأستار ساعة ثم يعود إلى أهله هكذا
روي أن النبي عليه السلام فعل بالملتزم ذلك قالوا ينبغي أن ينصرف وهو
يمشي وراءه ووجهه إلى البيت باكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من
المسجد فهذا بيان تمام الحج فصل فإن لم يدخل المحرم مكة وتوجه إلى
عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لأنه شرع في
ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الأفعال فلا يكون الإتيان به على غير
ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه لتركه. لأنه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر.
ومن أدرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها إلى طلوع الفجر
من يوم النحر فقد أدرك الحج. فأول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي
أن النبي عليه السلام وقف بعد الزوال وهذا بيان أول الوقت وقال
عليه السلام من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد
فاته الحج فهذا بيان آخر الوقت ومالك وإن كان يقول أن أول وقته بعد
طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم إذا وقف بعد
الزوال وأفاض من ساعته أجزأه عندنا لأنه عليه السلام ذكره بكلمة أو فإنه قال
الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه
وهي كلمة التخيير وقال مالك لا يجزيه إلا أن يقف في اليوم وجزء من
الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه. ومن اجتاز بعرفات نائما أو مغمى عليه
أو لا يعلم أنها عرفات جاز عن الوقوف لأن ما هو الركن قد وجد وهو
الوقوف ولا يمتنع ذلك بالإغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلاة
لأنها لا تبقى مع الإغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن

ومن أغمي عليه فأهل عنه رفقاؤه جاز عند أبي حنيفة رح وقالا لا يجوز ولو
أمر إنسانا بأن يحرم عنه إذا أغمي عليه أو نام فأحرم المأمور عنه صح بالإجماع
حتى إذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج جاز لهما أنه لم يحرم بنفسه
ولا أذن لغيره به وهذا لأنه لم يصرح بالإذن والدلالة تقف على العلم وجواز
الإذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما إذا أمر
غيره بذلك صريحا وله أنه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل أحد
منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والإحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الإذن
به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا إلى الدليل والحكم يدار عليه قال والمرأة في
جميع ذلك كالرجل لأنها مخاطبة كالرجل غير أنها لا تكشف رأسها لأنه عورة
وتكشف وجهها لقوله عليه السلام إحرام المرأة في وجهها ولو سدلت شيئا
على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رض ولأنه بمنزلة الاستظلال
بالمحمل. ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة. ولا ترمل ولا تسعى بين
الميلين لأنه مخل بستر العورة. ولا تحلق ولكن تقصر لما روي أنه عليه السلام
نهى النساء عن الحلق وأمرهن بالتقصير ولأن حلق الشعر في حقها مثلة
كحلق اللحية في حق الرجال. وتلبس من المخيط ما بدا لها لأن في لبس غير
المخيط كشف العورة قالوا ولا تستلم الحجر إذا كان هناك جمع لأنها ممنوعة
عن مماسة الرجال إلا أن تجد الموضع خاليا قال ومن قلد بدنة
تطوعا أو نذرا أو جزاء صيد أو شيئا من الأشياء وتوجه معها يريد الحج
فقد أحرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد أحرم ولأن سوق الهدي في
معنى التلبية في إظهار الإجابة لأنه لا يفعله إلا من يريد الحج أو العمرة و
إظهار الإجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال
النية بفعل هو من خصائص الإحرام وصفة التقليد أن يربط على عنق بدنته
قطعة نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجرة فإن قلدها وبعث بها ولم يسقها لم
يصر محرما لما روي عن عائشة أنها قالت كنت أفتل قلائد هدي رسول الله
فبعث بها وأقام في أهله حلالا فإن توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى

يلحقها لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد الا مجرد
النية وبمجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها فقد
اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في
الابتداء الا في بدنة المتعة فانه يصير محرما حين توجه معناه اذا نوى الاحرام
وهذا استحسان وجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي
مشروع على الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكة ويجب شكرا
للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب بالجناية وان لم يصل الى مكة فلهذا
اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل فان جلّلها بدنة او اشعرها
او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن
من خصائص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة رح فلا يكون من النسك
في شيء وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه
يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد وليس بسنة ايضا والبدن من
الابل والبقر وقال الشافعي رح من الابل خاصة لقوله عليه السلام
في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة
فصل بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا
في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في
الحديث كالمهدي جزورا

باب القران

القران افضل من التمتع والافراد وقال الشافعي رح الافراد افضل
وقال مالك التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القرآن ولا ذكر للقران
فيه وللشافعي رح قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد زيادة
التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد اهلّوا بحجة وعمرة
معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة
في سبيل الله مع صلوة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود و
الحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح بما ذكر والمقصود بما روي نفي قول
اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن

لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة
اهله على ما رويناه من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات
الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف
بيننا وبين الشافعي مبني على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى
سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا قال وصفة القران
ان يهل بالحج والعمرة معا من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم اني
اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين
الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا
ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ
الاكثر منها قائم ومتى عزم على ادائهما يسأل التيسير فيهما وقدم العمرة
على الحج فيه وكذلك يقول لبيك بعمرة وحجة معا لانه يبدأ بافعال العمرة
فكذلك يبدأ بذكرها وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس به لان
الواو للجمع ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزأه اعتبارا
بالصلوة فاذا دخل مكة ابتدأ فطاف بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلث
الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدأ
بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد و
يقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى
المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في
يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا
مذهبنا وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا
لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران على
التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وسفر وحلق واحد فكذلك في الاركان
ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رض
هديت لسنة نبيك ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق
باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل

التلبية للتحرّم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان
الا يرى ان سعي التطوع لا يتداخلان وتحريمة واحدة يؤديان ومعنى
ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج. فان طاف طوافين لعمرته وحجته و
سعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتأخير سعي العمرة و
تقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر لان التقديم و
التأخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه
لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتأخيره بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب
الدم فكذا بالاشتغال بالطواف **قال** واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح
شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة
والهدي منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكر
في بابه ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم
البدنة يقع عليه وعلى البقرة على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع
البقرة. فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج آخرها يوم عرفة و
سبعة ايام اذا رجع الى اهله. لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في
الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد في التمتع فالقران
مثله لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا
يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان
الصوم بدل عن الهدي فيستحب تأخيره الى آخر الوقت رجاء ان يقدر على
الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام
التشريق لان الصوم فيها منهي عنه **وقال** الشافعي لا يجوز لانه
معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا
ان معناه رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان
الاداء بعد السبب فيجوز. فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم
وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى **وقال**
مالك يصوم فيها لقوله تعالى في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم
في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملا
ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص
خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضه انه امر في مثله بذبح
الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل
قبل الهدي. فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا
لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على
افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح
من مذهب ابي حنيفة رح ايضا والفرق بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا
توجه اليها ان الامر هنالك بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران
والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا وعنه سقط دم القران لانه
لما ارتفضت العمرة لم يوفق لاداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع
فيها فاشبه المحصر

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد. وعن ابي حنيفة رح ان الافراد افضل لان المتمتع سفره
واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين
العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره
واقع لحجته وان تخللت العمرة بينهما لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة و
السعي اليها. والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي
ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما
الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء الله تعالى. وصفته ان
يبتدئ من الميقات فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او
يقصر وقد حل من عمرته. وهذا هو تفسير العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد
بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في عمرة
القضاء **وقال** مالك لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا
عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم الآية نزلت في عمرة القضاء و
لانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج. ويقطع التلبية

اذا ابتداء بالطواف. قال مالك كما وقع بصره على البيت لأن العمرة
زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي عليه السلم في عمرة القضاء قطع التلبية
حين استلم الحجر ولأن المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها
الحاج عند افتتاح الرمي. قال ويقيم بمكة حلالا لأنه حل من عمرته فاذا
كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد
فليس بلازم وهذا لأنه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا
وفعل ما يفعله الحاج المفرد. لأنه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة و
يسعى بعده لأن هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد لأنه قد سعى مرة
ولو كان هذا المتمتع بعدما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى
لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه قد اتى بذلك مرة. وعليه دم
التمتع للنص الذي تلوناه. فان لم يجد صام ثلاثة ايام من شوال ثم اعتمر لم
يجزه عن الثلاثة لأن سبب وجوب هذا الصوم التمتع لأنه بدل عن الهدي
وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه. وان صامها
بعدما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
له قوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج ولنا انه اداء بعد وجود سببه
والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا. والافضل تأخيرها الى آخر وقتها
وهو يوم عرفة على ما بينا في القرآن. وان اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم
وساق هديه وهذا افضل لأن النبي عليه السلم ساق الهدايا مع نفسه ولأن
فيه استعدادا ومسارعة. فان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل لحديث
عائشة على ما رويناه. والتقليد اولى من التجليل لأن له ذكرا في الكتاب
لأنه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لأنه يصير محرما بتقليد
الهدي والتوجه معه على ما سبق فالاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق
الهدي وهو افضل من ان يقودها لأنه عليه السلم احرم بذي الحليفة وهداياه
تساق بين يديه ولأنه ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ
يقودها. قال واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد رح ولا يشعر

عند ابي حنيفة رح ويكره والاشعار هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان
يشق سنامها بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه
هو الايسر لأن النبي عليه السلم طعن في جانب اليسار مقصودا وفي جانب
اليمين اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما. وهذا الصنيع مكروه عند ابي
حنيفة رح وعندهما حسن وعند الشافعي رح سنة لأنه مروي عن
النبي عليه السلم وعن الخلفاء الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد
ان لا يهاج اذا ورد ماء او كلأ او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لأنه
الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه
ولابي حنيفة رح انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم
واشعار النبي عليه السلم لصيانة الهدي لأن المشركين لا يمتنعون عن تعرضه
الا به وقيل ان ابا حنيفة رح كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم فيه على
وجه يخاف منه السراية وقيل انما كره ايثاره على التقليد. قال
واذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي
الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عليه السلم لو استقبلت
من امري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا
ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما
بينا. وان قدم الاحرام قبله جاز. وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل
لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي
وفي حق من لم يسق. وعليه دم وهو دم التمتع على ما بينا. واذا حلق يوم النحر
فقد حل من الاحرامين لأن الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلوة فيتحلل به
عنهما. وليس لاهل مكة تمتع ولا قران وانما لهم الافراد خاصة خلافا
للشافعي رح والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد
الحرام ولأن شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الآفاقي
ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف
المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقاتيتان

فيصار بمنزلة الآفاقي. وإذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمرة ولم
يكن ساق الهدي بطل تمتعه لانه ألمّ باهله فيما بين النسكين إلماما صحيحا
وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين فاذا ساق الهدي فالمامه
لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله و
قال محمد يبطل لانه اداهما بسفرين ولهما ان العود مستحق عليه
ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح إلمامه بخلاف
المكي اذا خرج الى الكوفة واحرم بالعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان
العود هناك غير مستحق عليه فصح إلمامه باهله. ومن احرم بعمرة قبل أشهر
الحج فطاف لها اقل من اربعة اشواط ثم دخل اشهر الحج فتممها واحرم بالحج
كان متمتعا لان الاحرام شرط عندنا فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر
اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل. وان طاف لعمرته
قبل اشهر الحج اربعة اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا
لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع
فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج ومالك يعتبر الاتمام في اشهر الحج و
الحجة عليه ما ذكرنا ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع المترفق باداء
النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج قال وأشهر الحج شوال وذو
القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن
الزبير رضوان الله عليهم اجمعين ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع
بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان المراد من قوله تعالى الحج
اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله. فان قدم الاحرام بالحج عليها
جاز احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي رح فان عنده يصير محرما بالعمرة
لان الاحرام ركن عنده وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم
على الوقت ولان الاحرام يحرم اشياء ويوجب اشياء وذلك يصح في كل زمان
فصار كالتقديم على المكان قال وإذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر
الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة او البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو

متمتع اما الاول فلانه ترفق بالنسكين في سفر واحد في اشهر الحج واما
الثاني فقيل هو بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفة رح وعندهما لا يكون
متمتعا لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هنا
ميقاتيان وله ان السفرة الاولى قائمة ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له
نسكان فيه فوجب دم التمتع. فان قدم بعمرة فافسدها وفرغ منها وقصر
ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند ابي
حنيفة رح وقالا هو متمتع لانه انشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين وله
انه باق على سفره ما لم يرجع الى وطنه. فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر
الحج وحج من عامه ذلك يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر
لانتهاء السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج
الى البصرة حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق
لان عمرته مكية والسفر الاول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة
ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج
عن عهدة الاحرام الا بالافعال وسقط دم المتعة لانه لم يترفق باداء نسكين
صحيحين في سفرة واحدة قال وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم
يجزها من المتعة لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل. واذا حاضت
المرأة عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنع الحاج غير انها لا
تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف و
لان الطواف في المسجد والوقوف في المفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا
للصلوة فيكون مفيدا. فان حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت
من مكة ولا شيء عليها لطواف الصدر لانه عليه السلام رخص للنساء الحيض
في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لانه
على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعد ما حل النفر الاول فيما يروى
عن ابي حنيفة رح ويرويه البعض عن محمد لانه وجب عليه بدخول وقته فلا
يسقط بنية الاقامة بعد ذلك

باب الجنايات

وإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فإن طيب عضوا كاملا فما زاد
فعليه دم وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما أشبه ذلك لأن
الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه
كمال الموجب وإن طيب أقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية
و قال محمد يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى
أنه إذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق
بينهما من بعد إن شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع
المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدي إن شاء الله تعالى و
كل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل
القملة والجرادة هكذا روي عن أبي يوسف رح قال فإن خضب
رأسه بحناء فعليه دم لأنه طيب قال عليه السلام الحناء طيب فإن صار
ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو خضب رأسه بالوسمة
لا شيء عليه لأنها ليست بطيب وعن أبي يوسف رح أنه إذا خضب رأسه بالوسمة
لأجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه وهذا صحيح
ثم ذكر في الأصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير
دل أن كل واحد منهما مضمون فإن ادهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة
رحمه الله وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي رح إن استعمله في
الشعر فعليه دم لإزالة التفث والشعث وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه
لانعدامه ولهما أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام
وإزالة الشعث فكانت جناية قاصرة فأما أبي حنيفة رح أنه أصل الطيب
ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل الشعث فتتكامل
الجناية بهذه الجملة فتوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران و
هذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق
وما أشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب وهذا إذا استعمله
على وجه التطيب ولو داوى به جرحه أو شقوق رجليه فلا كفارة عليه لأنه

ليس بطيب في نفسه إنما هو أصل الطيب أو طيب من وجه فيشترط استعماله
على وجه التطيب بخلاف ما إذا داوى بالمسك وما أشبهه وإن لبس ثوبا
مخيطا أو غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وإن كان أقل من ذلك
فعليه صدقة وعن أبي يوسف رح أنه إذا لبس أكثر من نصف يوم فعليه
دم وهو قول أبي حنيفة رح أولا وقال الشافعي رحمه الله يجب الدم
بنفس اللبس لأن الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا أن معنى
الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب
الدم فقدرناه باليوم لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة ويتقاصر ما دونه الجناية
فتجب الصدقة غير أن أبا يوسف أقام الأكثر مقام الكل ولو ارتدى
بالقميص أو اتشح به أو ائتزر بالسراويل فلا بأس به لأنه لم يلبسه لبس
المخيط وكذا إذا أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا
لزفر رح لأنه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في
تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف أنه إذا غطى جميع الرأس
يوما كاملا يجب عليه الدم لأنه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي
عن أبي حنيفة رح أنه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لأن
ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس وعن أبي يوسف رح
أنه يعتبر أكثر الرأس اعتبارا للحقيقة وإذا حلق ربع رأسه أو ربع لحيته
فصاعدا فعليه دم فإن كان أقل من الربع فعليه صدقة وقال
مالك لا يجب إلا بحلق الكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل اعتبارا
بنبات الحرم ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لأنه معتاد فيتكامل
به الجناية ويتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لأنه غير مقصود
وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وأرض العرب وإن حلق الرقبة كلها
فعليه دم لأنه عضو مقصود بالحلق وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه
دم لأن كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة فأشبه
العانة ذكر في الإبطين الحلق هنا وفي الأصل النتف وهو السنة

ابو يوسف ومحمد اذا حلق عضوا فعليه دم وان كان اقل فطعام اراد
به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فيتكامل
بحلق كله ويتقاصر عند حلق بعضه فان اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة
عدل ومعناه انه ينظر ان هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه
الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع تلزمه قيمة ربع الشاة
ولفظة الاخذ من الشارب تدل على انه هو السنة فيه دون الحلق والسنة
ان يقص حتى يوازي الاطار قال وان حلق موضع المحاجم فعليه دم
عند ابي حنيفة رح وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست
من محظورات الاحرام فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة
شيء من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة رح ان حلقه مقصود لانه
لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب
الدم وان حلق راس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى
المحلوق دم وقال الشافعي رحمه الله لا يجب اذا كان بغير امره
بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون
مواخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه
ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة
فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك سماوية
وهنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق راسه على الحالق لان الدم انما لزمه
بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق
حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق راسه واما الحالق تلزمه الصدقة
في مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا
الخلاف المحرم اذا حلق راس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق
شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من
محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق
الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان اخذ من

شاربه حلال او قلم اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا ولا
يعرى عن نوع الارتفاق لانه يتأذى بتفث غيره وان كان اقل من
التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام قال وان قص اظافير
يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث و
ازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه
الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد
وان كان في مجالس فكذلك عند محمد رح لان مبناها على التداخل فاشبه
كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا
او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس
كما في آي السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل
كما في الحلق فان قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه يجب بكل
ظفر صدقة وقال زفر رح يجب الدم بقص ثلثة منها وهو قول ابي
حنيفة رح الاول لان في اظافير اليد الواحدة دما والثلث اكثرها وجه
المذكور في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمها وقد
اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدي الى ما لا
يتناهى وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه دم اعتبارا بما لو قصها من
كف واحد وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة ولهما ان كمال
الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك
بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية يجب فيها الصدقة
فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان
يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء قال وان انكسر ظفر المحرم
فتعلق فاخذه فلا شيء عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من
شجر الحرم قال وان تطيب او حلق او لبس من عذر فهو مخير ان شاء

ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلثة اصوع من
الطعام وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام
او صدقة او نسك الآية وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله
صلى الله عليه وسلم بما ذكرنا والآية نزلت في المعذور ثم الصوم
يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة عندنا
لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة
الا في زمان او مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه
بالمكان ولو اختار الطعام اجزأه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف
اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رح لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن
التمليك وهو المذكور في الآية فصل فان نظر الى فرج امرأة
بشهوة فأمنى لا شيء عليه لان المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر
فأمنى وان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا
مس بشهوة فأمنى ولا فرق بينهما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل
وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي انه انما يفسد
حجه في جميع ذلك اذا انزل واعتبره بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق
بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود
فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الارتفاق والاستمتاع
بالمرأة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم
فيه قضاء الشهوة فلا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج وان جامع
في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج
كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام سئل
عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في
حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة وقال
الشافعي رح يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه
اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب ولا يجب الا لاستدراك

المصلحة خفت معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه
لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة رح انه في غير القبل
منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطي فكان عنه روايتان وليس عليه
ان يفارق امرأته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك اذا خرجا
من بيتهما ولزفر اذا احرما وللشافعي رح اذا انتهيا الى المكان الذي
جامعها فيه له انهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان فيه
ولنا ان الجامع وهو النكاح بينهما قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام
لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما يتذكران ما لحقهما من المشقة الشديدة
بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن
جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما
اذا جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما
يجب البدنة لقول ابن عباس رحمه الله او لانه اعلى انواع الارتفاقات
فيتغلظ موجبه وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء
دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة ومن جامع
في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها و
يقضيها وعليه شاة وان جامع بعد ما طاف لها اربعة اشواط او اكثر
فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعي رح تفسد في
الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا انها
سنة فكانت احط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا
للتفاوت ومن جامع ناسيا كان كمن جامع عامدا وقال الشافعي
رح جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائمة و
المكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية
ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا
وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم لان حالات
الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف الصوم فصل

ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي
لا يعتد به لقوله عليه السلام الطواف صلوة الا ان الله تعالى اباح
فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا
بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة و
الاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت
به الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا
بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا
لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا
الحكم في كل طواف هو تطوع. ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة
لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان
جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس ولان الجنابة اغلظ من الحدث
فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره
جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل ان يعيد الطواف
ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد الطواف ما دام بمكة
والاصح انه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا
لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده
وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة
لا يبقى الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر
فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم
عند ابي حنيفة رح بالتاخير على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد
طافه جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له
ويعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزاه لما بينا انه جابر له
الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد
وطاف جاز وان بعث شاة فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع
الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله فعليه

ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء
ابدا حتى يطوف. ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه
دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت
وعن ابي حنيفة رح انه يجب شاة الا ان الاول اصح. ولو طاف جنبا فعليه
شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة. و
من ترك من طواف الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان
النقصان بترك الاقل يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه
شاة فلو رجع الى اهله اجزاه ان لا يعود ويبعث شاة لما بينا. و
من ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر
فصار كانه لم يطف اصلا. ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه
فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة
اقامة للواجب في وقته. ومن ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر فعليه
الصدقة. ومن طاف الطواف الواجب في جوف الحجر (اي طواف الزيارة) فان كان بمكة اعاده
لان الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمنا والطواف في جوف الحجر
ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا
فعل ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه فما دام بمكة اعاده كله ليكون
مؤديا للطواف على الوجه المشروع. وان اعاده على الحجر خاصة اجزاه
لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان ياخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي
الى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله
سبع مرات. فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن نقصان
في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة. ومن طاف
طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في آخر ايام التشريق
طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان
عند ابي حنيفة رح وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل
طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة

بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه
الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق العين
فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر
فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق وبتاخير الاخر على الخلاف
الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع
على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة
يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب
الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف فاذا اعادهما لا شيء عليه لارتفاع
النقصان ولو رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة
فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير
وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا
اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا و
المروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم
بتركه الدم دون الفساد ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم
وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف
فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس
واجب لقوله عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف
ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا
فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية
لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب ومن
ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي
الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد
لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من اخر
ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة
ممكنة فيرميها على التاليف ثم بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة رح

خلافا لهما وان ترك رمي يوم فعليه دم لانه نسك تام ومن
ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه الصدقة لان الكل في هذا اليوم
نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان المتروك يكون اكثر من
النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر وان ترك رمي جمرة
العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا
اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلثا
تصدق لكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان
المتروك هو الاقل فتكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام
النحر فعليه دم عند ابي حنيفة رح وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا
لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تاخير الرمي وفي تقديم نسك
على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح
لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء فلا يجب مع القضاء شيء اخر وله
حديث ابن مسعود رض قال من قدم نسكا على نسك فعليه الدم
ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام
فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام
النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم
عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف لا شيء عليه قال
رح ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكره في
الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو
من الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان
النبي عليه السلام واصحابه رض احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم
ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في اخر الصلوة فانه
من واجباتها وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح
وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل ان الحلق يتوقت
بالزمان والمكان عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف لا يتوقت بهما

وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان
دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم اما
لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير
موقت بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان
لانه موقت به قال فان لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه
في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به في مكانه
فلا يلزمه ضمانه فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند
ابي حنيفة رح دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم
بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول
ولا يجب بسبب التاخير عليه شيء على ما قلنا فصل اعلم ان
صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم
صيد البحر الاية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد
البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش
في اصل الخلقة واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق
وهي الكلب العقور والذئب والحداة والغراب والحية والعقرب
فانها مبتديات بالاذى والمراد بالغراب الذي ياكل الجيف هو
المروي عن ابي يوسف رح قال واذا قتل المحرم صيدا او دل
عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد
وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء الاية نص على ايجاب الجزاء
واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رح هو يقول الجزاء تعلق
بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما
روينا من حديث ابي قتادة وقال عطاء اجمع الناس على ان على
الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات الاحرام ولانه تفويت الامن
عن الصيد اذ هو امن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان
المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه

كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه الجزاء
على ما روي عن ابي يوسف وزفر رح والدلالة الموجبة للجزاء ان
لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى
لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا
في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك العامد والناسي
لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي
والعائد سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة رح وابي
يوسف ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع
منه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء
ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما
وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير
وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي رح يجب
في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي
الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش
بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه
المقتول صورة لان القيمة لا تكون نعما والصحابة اوجبوا النظير
من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب
على ما بينا وقال عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له
نظير عند محمد رح تجب القيمة مثل العصفور والحمام وما اشبههما
واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي يوجب في الحمامة شاة
ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي
حنيفة وابي يوسف رح ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا
يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق
العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص
والمراد والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق

على الوحشي والاهلي كما قاله ابو عبيد والاصمعي والمراد بما دون
التقدير دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا
او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد والشافعي
الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما بينا
وان حكما بالطعام او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف
لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة
اليمين ولمحمد والشافعي رح قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا
الاية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى يحكم او مفعول لحكم
الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا
الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله
او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما
يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه و
يقومان في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان
كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع فيه
ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط
كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى هنا بالنص والهدي لا يذبح الا
بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا
للشافعي رح وهو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن
نقول الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان وزمان اما الصدقة
قربة معقولة في كل زمان ومكان والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة
في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزأه عن الطعام معناه اذا تصدق
باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع
الاختيار على الهدي يهدي ما يجزي في الاضحية لان مطلق اسم الهدي
منصرف اليه وقال محمد والشافعي رح يجزي صغار النعم فيها لان
الصحابة رحمهم الله اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف

يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار
على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فيعتبر قيمته
واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من
بر او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم المسكين اقل من نصف صاع
لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع فان اختار
الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او
صاع من شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة
للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع
كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير
ان شاء تصدق به وان شاء صام عنه يوما كاملا لان الصوم اقل من
يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين يطعم
قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف
شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقص اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق
العباد ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع
فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم
جزاءه ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي وابن عباس
ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا
ما لم يفسد فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته وهذا استحسان
والقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلوم وجه
الاستحسان ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه
سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية
فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس في قتل الغراب و
الحداة والذئب والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء
لقوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة و
الحية والعقرب والفارة والكلب العقور وقد قال عليه السلام

يقتل المحرم الفارة والغراب والحداة والحية والعقرب والحية و
الكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض الروايات وقيل المراد
بالكلب العقور الذئب او يقال ان الذئب في معناه والمراد بالغراب
الذي ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدئ بالاذى اما العقعق غير
مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن ابي حنيفة
رح ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس والمستوحش منهما
سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية
سواء والضب واليربوع ليسا من الخمسة المستثناة لانهما لا يبتديان
بالاذى وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها
ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي موذية بطباعها و
المراد النمل السوداء والصفراء الذي يوذي ومالا يوذي لا يحل
قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما
شاء مثل كف من طعام لانها متولدة من التفث الذي على البدن وفي
الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم مسكينا
شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة
تصدق بما شاء لان الجراد من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه
الا بحيلة ويقصده الاخذ وتمرة خير من جرادة لقول عمر رح تمرة
خير من جرادة ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لانه من الهوام و
الحشرات فاشبه الخنافس والوزغات ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا
لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان
اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل ما لا يوكل لحمه من الصيد
كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه
وقال الشافعي رح لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء
فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول السباع
باسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ

اما لجلده او ليصطاد بريشه او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع
لما فيه من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف
املك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر يجب بالغة ما بلغت
اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه شاة
ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب موذ ومن
هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال السبع على
محرم فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب قيمته اعتبارا بالجمل
الصائل ولنا ما روي عن عمر رح انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال
انا ابتداناه ولان المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى و
لهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في الفواسق فلان
يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع
لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب
الحق وهو العبد وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء
لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل ولا باس
للمحرم ان يذبح الشاة والبقر والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان
هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون
في المساكن والحياض لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا
فعليه الجزاء خلافا لمالك له انه الوف مستانس ولا يمتنع بجناحه لبطء
نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان
بطيء النهوض والاستيناس عارضي فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا
لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم
الصيد في الحرمة على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل
اكلها وقال الشافعي رح يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه
عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكاة فعل مشروع وهذا فعل
حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي

قام مقام الميتة من اللحم فلا يعتبر تيسيرا فيقدم باتفاقه فإن أكل
المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة رحمه الله و
قالا ليس عليه جزاء ما أكل وإن أكل محرم آخر منه فلا شيء عليه في قولهم
جميعا لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه بأكلها إلا الاستغفار وصار
كما إذا أكله محرم غيره ولأبي حنيفة أن حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا
أو باعتبار أنه محظور إحرامه لأن إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية
والذابح عن الأهلية في حق الذكاة فصار حرمة التناول بهذه الوسائط
مضافا إلى إحرامه بخلاف محرم آخر لأن تناوله ليس من محظورات
إحرامه ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه
إذا لم يدل المحرم عليه ولا أمره بصيده خلافا لمالك فيما إذا اصطاده
لأجل المحرم له قوله عليه السلام لا بأس بأكل المحرم لحم صيد ما لم يصده
أو يصد له ولنا ما روي أن الصحابة تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم
فقال عليه السلام لا بأس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على
أن يهدى إليه الصيد دون اللحم أو معناه أن يصاد بأمره ثم شرط
عدم الدلالة وهذا تنصيص على أن الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان
ووجه الحرمة حديث أبي قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم إذا ذبحه
الحلال قيمته يتصدق بها على الفقراء لأن الصيد استحق الأمن
بسبب الحرم قال عليه السلام في حديث فيه طول ولا ينفر صيدها ولا
يجزئه الصوم لأنها غرامة وليست بكفارة فأشبه ضمان الأموال
وهذا لأنه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الأمن والواجب على المحرم
بطريق الكفارة جزاء على فعله لأن الحرمة باعتبار معنى فيه وهو إحرامه
والصوم يصلح جزاء الأفعال لا ضمان المحال **وقال** زفر رحمه الله يجزئه
الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزئه الهدي
ففيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه إذا كان في
يده خلافا للشافعي رحمه الله فإنه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك

العبد لحاجة العبد ولنا أنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة
الحرم إذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الأمن لما روينا فإن باعه
رد البيع فيه إن كان قائما لأن البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد
وذلك حرام وإن كان فائتا فعليه الجزاء لأنه تعرض للصيد ب
تفويت الأمن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم أو حلال
لما قلنا ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله
وقال الشافعي رحمه الله عليه أن يرسله لأنه متعرض للصيد بإمساكه
في ملكه فصار كما إذا كان في يده ولنا أن الصحابة كانوا يحرمون
وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم إرسالها وبذلك جرت العادة
الفاشية وهي من إحدى الحجج ولأن الواجب ترك التعرض وهو ليس
بمتعرض من جهته لأنه محفوظ بالبيت والقفص لا بيده غير أنه في ملكه
ولو أرسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك وقيل إذا كان
القفص في يده لزمه إرساله لكن على وجه لا يضيع فإن أصاب حلال
صيدا ثم أحرم فأرسله من يده غيره يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا
يضمن لأن المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من
سبيل وله أنه ملك الصيد بالأخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه
بإحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما إذا أخذه في حالة
الإحرام لأنه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بأن
يخليه في بيته فإذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في
كسر المعازف وإن أصاب محرم صيدا فأرسله من يده غيره لا ضمان عليه
بالاتفاق لأنه لم يملكه بالأخذ فإن الصيد لم يبق محلا للتملك في حق
المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما إذا
اشترى الخمر فإن قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه
لأن الآخذ متعرض للصيد الآمن والقاتل مقرر لذلك والتقرير
كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا

ويرجع الآخذ على القاتل وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ
بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الاخذ انما يصير سببا للضمان
عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في
معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان اليه فان قطع حشيش الحرم
او شجره الذي ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما
جف منه لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عليه السلام لا يختلى
خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان
حرمتها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على
ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد
ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في
بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد
والفرق ما نذكره والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن
بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم
النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان التحق بما
ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم
حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما
جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم
ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف لا بأس بالرعي لان فيه
ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا والقطع بالمشافر
كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر
لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف
الكماة لانها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا
ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال
الشافعي رح دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا
باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات غير محرم

بالعمرة او بالحج فعليه دم واحد خلافا لزفر رح لما ان المستحق عليه
عند الميقات احرام واحد وبتأخيره واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد
واذا اشترك محرمان في قتل الصيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان
كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء
بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما
جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء عن الجناية فيتحد باتحاد
المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد
منهما كفارة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه
حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية
من الحرم فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان
الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب
رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان ادى جزاءها
ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان
وصول الخلف كوصول الاصل

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم
بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع
اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي
حنيفة رح وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب
وقال زفر رح لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم تترفع
بالعود وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا
انه تدارك المتروك في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال
فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك على ما مر
غير ان التدارك عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا
مر به محرما ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام
من دويرة اهله فاذا ترخص بالتأخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه

بانشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا
احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد ما
ابتدأ الطواف فاستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد
اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان
يريد الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير
احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء لان البستان غير
واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله و
للبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله و
وقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد ذكرناه من قبل
فكذا وقت الداخل الملحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن
عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما
ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت فاحرم بحجة
عليه اجزأه من دخوله مكة بغير احرام. وقال زفر رح لا يجزيه
وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت
السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه
البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف
ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتأدى الا باحرام
مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من
هذه السنة دون العام الثاني ومن جاوز الميقات فاحرم بعمرة
فافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا
افسد الحج وليس عليه دم بترك الوقت وعلى قول زفر رح لا يسقط
عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام و
فيمن جاوز الوقت بغير احرام واحرم بالحج ثم افسد حجه هو يعتبر المجاوزة
هذه بغيرها من المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام
منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا يعتبر بغيره من المحظورات فوضح

الفرق واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف
بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد
الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الخلاف الذي ذكرناه في الآفاقي و
المتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم بالحج ووقف بعرفة
فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي و
احرام المكي في الحج من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه فان
رجع الى الحرم واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف
الذي تقدم في الآفاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رح اذا احرم المكي
بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه لرفضه دم
وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رفض العمرة احب
الينا وقضاها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما
في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل
اعمالا وايسر قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم
بالحج ولم يأت بشيء من افعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة اربعة
اشواط ثم احرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فتعذر
رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك
عند ابي حنيفة رح وله ان احرام العمرة قد تأكد باداء شيء من اعمالها
واحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة
هذه ابطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما
رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر الا
ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه
في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزأه لانه ادى افعالهما كما التزمهما
غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا
وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي

عنده وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن احرم
بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته الاخرى
ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر
او لم يقصر عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان
الجمع بين احرامي الحج او احرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان
نسكا في الاحرام الاول فهو جناية على الثاني لانه في غير اوانه
فلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج من العام القابل فقد اخر
الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة رح
وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه
عنده وشرط التقصير عندهما ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم
باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا
مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة ومن اهل بحجة ثم احرم
بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسئلة
فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطأ السنة فيصير مسيئا فلو وقف
بعرفات ولم يأت بافعال العمرة فهو رافض لعمرته لانه تعذر عليه
اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليهما لم يكن
رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة
فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع
على ما مر فصح الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية فانه
سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء فاذا لم يأت بما هو ركن يمكنه
ان يأتي بافعال العمرة ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز
وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان افعال
العمرة على افعال الحجة من وجه ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج
قد تأكد بشيء من اعماله بخلاف ما لم يطف للحج واذا رفض عمرته
يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن اهل بعمرة
في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها اي يلزمه
الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة على افعال
الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام ايضا على ما نذكره
فلهذا يلزمه رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها
لما بينا وان مضى عليها اجزأه لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو
كونه مشغولا في هذه الايام باداء بقية اعمال الحج فيجب تخليص
الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في الاحرام او في الاعمال
الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق للحج ثم احرم
لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل وقيل يرفضها احترازا عن
المنهي **قال** الفقيه ابو جعفر رح ومشايخنا على هذا قال
فان الحج ثم احرم بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال
العمرة من غير ان ينقلب احرامه احرام العمرة على ما يأتيك في باب الفوات
ان شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الافعال فعليه
ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين وان احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين
احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة
الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه من المضي جاز
له التحلل **وقال** الشافعي رح لا يكون الاحصار الا بالعدو
لان التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال
ينجو من العدو لا من المرض ولنا ان آية الاحصار وردت في الاحصار
بالمرض باجماع اهل اللغة فانهم قالوا الاحصار بالمرض والحصر
بالعدو والتحلل قبل اوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الاحرام
والحرج في الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل قيل له
ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل
وانما يبعث الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا

في زمان او مكان على ما مرّ فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل و
اليه الاشارة في قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله
فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي رح لا يتوقّت
به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا انّ المراعى اصل
التخفيف لا نهايته وتجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدي والشاة
ادناه وتجزيه البقرة والبدنة او سبعهما كما في الضحايا وليس المراد
بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة
حتى تشترى الشاة هنالك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى انه
ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عليه السلم حلق عام
الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما
عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي عليه
السلم واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال وان
كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي
واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان
التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في
الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الذبح
للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي
المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي
حنيفة رح انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون
الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك
وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف
ينتهي به قال والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا
روي عن ابن عباس وابن عمر رح ولان الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع
فيه والعمرة لما انه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء لان الاحصار

عنها يتحقق عندنا وقال مالك لا يتحقق لانها لا يتوقت ولنا ان
النبي عليه السلام واصحابه احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان
شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار
فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج و
احديهما فلما بينا والثانية لانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها
فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال
الاحصار فان كان لا يدرك الهدي والحج لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر
حتى يحل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان
توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج
والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا ادرك
هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه و
ان كان يدرك الهدي دون الحج جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم
لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت
بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة
رح وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر
وجه القياس وهو قول زفر رح انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول
المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه
لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده
وحرمة المال كحرمة النفس ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه فكذا اذا
خاف على ماله لانه ينبغي ان يضمن المبعوث على يديه بالذبح لفوات مقصود
المحصر ولا وجه لايجاب الضمان عليه وله الخيار ان شاء صبر في ذلك
المكان او في غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي
التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف
بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة
وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام

يتحلل بالعجز عن الاصل وان كان
يدرك الحج دون الهدي
صح

فصار كما اذا أحصر في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على
الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على
الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسئلة خلاف بين ابي حنيفة وابي
يوسف والصحيح ما أعلمتك من التفصيل

باب الفوات

ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد
فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى
ويتحلل ويقضي من قابل ولا دم عليه لقوله عليه السلام من فاته عرفة
بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست
الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج
عنه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فيتعين
عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق
فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت
وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي يوم
عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة رض انها كانت
تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة
له وعن ابي يوسف انه لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت
ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع
هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة
لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة
وقال الشافعي رح فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة
كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها
غير موقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة
النفلية وتأويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا يثبت الفريضة
مع التعارض في الآثار قال وهي الطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع

باب الحج عن الغير

الاصل في هذا ان
الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة او صوما او صدقة او غيرها
عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي عليه السلام انه ضحى بكبشين
املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى و
شهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادات انواع
مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة ومركبة منهما كالحج والنيابة
تجري في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود
بفعل النائب ولا تجري في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب
النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو
المشقة بتنقيص المال ولا تجري عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط
العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي حج النفل تجوز الانابة
حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج
عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه
عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج و
للآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه
كالفدية في باب الصوم قال ومن امره رجلان بان يحج عن
كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان
الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما امره
ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية
فيقع عن المأمور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا
حج عن ابويه فان له ان يجعله عن احدهما لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما
او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وهنا يفعل بحكم الآمر
وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه
صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما
غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين
احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف رح وهو القياس لانه مأمور

بالتعيين والإبهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما إذا تعين حجة أو عمرة
حيث كان له أن يعين ما شاء لأن الملتزم هناك مجهول وهنا المجهول
من له الحق وجه الاستحسان أن الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا
مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطا
بخلاف ما إذا أدى الأفعال على الإبهام لأن المؤدى لا يحتمل التعيين
فصار مخالفا. فإن أمره غيره أن يقرن عنه فالدم على من أحرم لأنه
وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص
بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل منه وهذه المسألة تشهد بصحة المروي
عن محمد رح أن الحج يقع عن المأمور وكذلك إن أمره واحد بأن يحج عنه و
الآخر بأن يعتمر عنه وأذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا. ودم الإحصار
على الآمر وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح **قال** أبو يوسف على
الحاج لأنه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الإحرام وهذا الضرر راجع إليه
فيكون الدم عليه ولهما أن الآمر هو الذي أدخله في هذه العهدة فعليه
خلاصه فإن كان يحج عن ميت فأحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لأبي
يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لأنه صلة كالزكاة وغيرها وقيل هو
من جميع المال لأنه وجب حقا للمأمور فصار دينا. ودم الجماع على الحاج
لأنه دم جناية وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه إذا جامع قبل
الوقوف حتى فسد حجه لأن الصحيح هو المأمور به بخلاف ما إذا فاته
الحج حيث لا يضمن النفقة لأنه ما فاته باختياره أما إذا جامع بعد
الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم
في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا. ومن
أوصى بأن يحج عنه فأحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات أو سرقت
نفقته وقد أنفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا
عند أبي حنيفة وقالا يحج عنه من حيث مات الأول فالكلام هنا في اعتبار
الثلث وفي مكان الحج أما الأول فالمذكور قول أبي حنيفة رح أما عند

محمد رح يحج عنه بما بقي من المال المدفوع إليه إن بقي شيء وإلا بطلت
الوصية اعتبارا بتعيين الموصي إذ تعيين الوصي كتعيينه وعند أبي
يوسف يحج عنه بما بقي من الثلث الأول لأنه هو المحل لنفاذ الوصية و
لأبي حنيفة رح أن قسمة الوصي وعزله المال لا يصح إلا بالتسليم إلى
الوجه الذي سماه الموصي لأنه لا خصم ليقبض ولم يوجد التسليم إلى
ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الإفراز فيحج بثلث ما بقي
وأما الثاني فوجه قول أبي حنيفة رح وهو القياس أن القدر الموجود
من السفر قد بطل في حق أحكام الدنيا **قال** عليه السلام إذا مات ابن
آدم انقطع عمله إلا من ثلاث الحديث وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا
فبقيت الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان
أن سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله و
رسوله الآية وقال عليه السلام من مات في طريق الحج كتبت له حجة مبرورة
في كل سنة وإذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان وأصل الخلاف
في الذي يحج بنفسه ويبتنى على ذلك المأمور بالحج **قال** ومن أهل بحجة
عن أبويه يجزيه أن يجعله عن أحدهما لأن من حج عن غيره بغير إذنه فإنما
يجعل ثواب حجه له وذلك بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه وصح جعله
ثوابه لأحدهما بعد الأداء بخلاف المأمور على ما فرقنا من قبل

باب الهدي

الهدي أدناه شاة لما
روي أنه عليه السلام سئل عن الهدي فقال أدناه شاة قال وهو من
ثلاثة أنواع الإبل والبقر والغنم لأنه عليه السلام لما جعل الشاة أدنى
لا بد أن يكون له أعلى وهو البقر والجزور ولأن الهدي ما يهدى إلى
الحرم ليتقرب به فيه والأصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز
في الهدايا إلا ما جاز في الضحايا لأنه قربة تعلقت بإراقة الدم
كالأضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء إلا في
موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف فإنه

لا يجوز فيهما إلا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الأكل من
هدي التطوع والمتعة والقران لأنه دم نسك فيجوز الأكل منها
بمنزلة الأضاحي وقد صح أن النبي عليه السلام أكل من لحم هديه و
حسا من المرقة ويستحب له أن يأكل منها لما روينا وكذا يستحب أن
يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا
لأنها دماء كفارات وقد صح أن النبي عليه السلام لما أحصر بالحديبية
وبعث الهدايا على يدي ناجية الأسلمي قال له لا تأكل أنت و
رفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران
إلا في يوم النحر قال رضي الله عنه وفي الأصل يجوز ذبح
دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح
لأن القربة في التطوعات باعتبار أنها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها
إلى الحرم فإذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي أيام النحر
أفضل لأن معنى القربة في إراقة الدم فيها أظهر أما دم المتعة والقران
لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء
التفث يختص بيوم النحر ولأنه دم نسك فيختص بيوم النحر كالأضحية و
يجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
إلا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فإن كل واحد دم جبر
عنده ولنا أن هذه دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لأنها لما وجبت
لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير
بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في
الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار أصلا في
كل دم هو كفارة ولأن الهدي اسم لما يهدى إلى مكان ومكانه الحرم
قال عليه السلام منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز
أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي رحمه الله لأن
الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال ولا يجب

التعريف بالهدايا لأن الهدي ينبئ عن النقل إلى مكان ليتقرب
بإراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فإن عرف بهدي المتعة فحسن
لأنه موقت بيوم النحر فعسى لا يجد فيحتاج إلى أن يعرف به ولأنه دم نسك
فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لأنه يجوز ذبحها قبل
يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر قال
والأفضل في البدن النحر وفي الغنم والبقر الذبح لقوله تعالى فصل لربك
وانحر قيل في تأويله الجزور وقال الله تعالى أن تذبحوا بقرة وقال
الله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما أعد للذبح وقد صح أن
النبي عليه السلام نحر الإبل وذبح البقر والغنم ثم إن شاء نحر الإبل في
الهدايا قياما أو أضجعها وأي ذلك فعل فهو حسن والأفضل أن
ينحرها قياما لما روي أن النبي عليه السلام نحر الهدايا قياما وأصحابه
كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم
قياما لأن في حالة الاضطجاع المذبح أبين فيكون الذبح أيسر و
الذبح هو السنة فيهما والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن
ذلك لما روي أن النبي عليه السلام ساق مائة بدنة في حجة الوداع
فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولأنه قربة والتولي في
القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع إلا أن الإنسان قد لا يهتدي
لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره ويتصدق بجلالها وخطامها ولا
يعطي أجرة الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي تصدق بجلالها وخطمها و
لا تعط أجرة الجزار منها لقوله عليه السلام ومن ساق بدنة فاضطر إلى
ركوبها ركبها وإن استغنى عن ذلك لم يركبها لأنه جعلها خالصا لله تعالى
فما ينبغي أن يصرف شيئا من عينها أو منافعها إلى نفسه إلى أن يبلغ محله
إلا أن يحتاج إلى ركوبه لما روي عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلا
يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتأويله أنه كان عاجزا محتاجا و
لو ركبها فانتقص بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وإن كان

لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه
وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن لكن هذا اذا كان قريبا
من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر
ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه
مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره
لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان واجبا فعليه ان
يقيم غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كثير يقيم
غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتأدى به الواجب فلا بد من غيره و
صنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت البدنة في الطريق
فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها
ولم يأكل هو ولا غيره من الاغنياء بذلك امر رسول الله صلى الله عليه
وسلم ناجية الاسلمي والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم
الناس انه هدي فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا لان الاذن
بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا
ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع
تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها و
صنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر املاكه و
يقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد
اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات
لان سببها الجناية والستر اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها
ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن
تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم

مسائل منثورة

اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم
والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وهذا لانها
عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان

ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان
المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا يقبل ولان فيه
بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر
بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا
وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه
في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا
ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا
لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا شهدوا عشية عرفة برؤية
الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل
بتلك الشهادة **قال** ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة
الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن
لانه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك
المتروك في وقته وانما ترك الترتيب **وقال** الشافعي رح
لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا فصار كما اذا سعى قبل الطواف
او بدأ بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة مقصودة بنفسها
فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه تبع
للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به
البداية **قال** ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب
حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي و
هذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال
فيلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا وافعال الحج تنتهي
بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوفه ثم قيل انما يبتدئ المشي من
حين يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه هو المراد ولو ركب اراق دما
لانه ادخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي
واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي ان لا يركب

ومن باع جارية محرمة فاذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها ويجامعها وقال زفر ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما لو اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان يحللها فكذا للمشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشر باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري فاذا كان له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رح يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او بقلم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج

كتاب النكاح

النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان تقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانها ليست بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى

ما بعد الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رح اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رح وستعرفه في الشهادات ولا ينعقد بحضور الفاسقين عنده خلافا للشافعي رح له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فبقي المزوج شاهدا وان كان

الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا
وعلى هذا اذا زوج الاب بنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت
حاضرة جاز وان كانت غائبة لم يجز **فصل** في بيان المحرمات
قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال
والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات
اذ الام هي الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع **قال**
ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته و
لا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن
منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات و
الخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة
ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم
من غير قيد بالدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد
الدخول بالنص وسواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج
مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول
قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح
آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم
الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال
حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة
لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله
عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا
ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله
عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم
اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من
اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة
لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة

على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع و
يطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة
ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما
اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه
الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة
او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى
منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف لهما وقيل لا بد
من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة **قال**
ولا يجمع بين امرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها
لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة
اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور تجوز الزيادة على الكتاب بمثله
ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج
بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح
محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا
من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبل لانه
لا قرابة بينهما ولا رضاع **وقال** زفر لا يجوز لان ابنة الزوج
لو قدرتها ذكرا لم يحل له ان يتزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب
لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من
كل جانب **قال** ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها وابنتها و**قال**
الشافعي رح الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة
فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطي سبب الجزئية بواسطة الولد حتى
يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله و
فروعه وكذا على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة
وهي الموطوءة والوطي محرم من حيث انه سبب للولد لا من حيث انه زنا و
من مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها **وقال** الشافعي

لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امراة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها
الى ذكره عن شهوة له ان النظر والمس ليسا في معنى الدخول ولهذا
لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان
به ولنا ان النظر والمس سبب داع الى الوطء فيقام مقامه في موضع
الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح
والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها و
لو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال
تبين انه غير مفض الى الوطء وعلى هذا اتيان المراة في الدبر فلك
واذا طلق امراته طلاقا بائنا او رجعيا لم يتزوج باختها حتى تنقضي
عدتها قال الشافعي رح ان كانت العدة عن طلاق بائن
او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو
وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء
بعض احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تاخر عمله ولهذا بقي
القيد ولا يجب الحد على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود
يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما
ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان
النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي
المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة قال ويجوز تزويج
الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف
ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى
ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب
غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله
تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزويج الصابئيات ان
كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان
كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون و

الخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع
عنده وعلى هذا الخلاف حل ذبيحتهم قال ويجوز للمحرم و
المحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز و
تزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح
المحرم ولا ينكح ولنا ما روي عليه السلام تزوج بميمونة وهو محرم وما
رواه محمول على الوطء ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال
الشافعي رح لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء
ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة
بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق
المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل
الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله
عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في
تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة ولان للرق اثرا
في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت حل
المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزويج الحرة
عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في
جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة
من طلاق بائن او ثلاث لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان هذا
ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا
ولابي حنيفة ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى
المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها
قال وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج
اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث
ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي
رح لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا

إذ الأمة المنكوحة يتناولها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد
أن يتزوج أكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لأنه في حق
النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير إذن المولى ولنا أن الرق
منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر أربعا إظهارا لشرف الحرية
فإن طلق الحر إحدى الأربع طلاقا بائنا لم يجز له أن يتزوج رابعة
حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي رح وهو نظير نكاح الأخت
في عدة الأخت قال فإن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح
ولا يطؤها حتى تضع حملها وهذا عند أبي حنيفة رح ومحمد رح
وقال أبو يوسف رح النكاح فاسد وإن كان الحمل ثابت
النسب فالنكاح باطل بالإجماع لأبي يوسف رح أن الامتناع في
الأصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم عنده لأنه لا جناية منه ولهذا لم
يجز إسقاطه ولهما أنها من المحللات بالنص وحرمة الوطء كيلا يسقي
ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا
حرمة للزاني فإن تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لأنه
ثابت النسب وإن زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لأنها
فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح
النكاح لحصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي
الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل قال
ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لأنها ليست بفراش لمولاها
فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها
صيانة لمائه وإذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد لا أحب أن يطأها
حتى يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء
ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء
لا وجوبا ولا استحبابا بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل وكذا إذا

رأى

رأى امرأة تزني فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما
وقال محمد رح لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما
ذكرنا قال ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة
أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك جائز لأنه كان مباحا
فيبقى إلى أن يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ بإجماع الصحابة وابن عباس
رض صح رجوعه إلى قولهم فتقرر الإجماع والنكاح المؤقت باطل
مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام وقال
زفر هو صحيح لازم لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا
أنه أتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بينهما إذا
طالت مدة التأقيت أو قصرت لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة و
قد وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة إحداهما لا يحل له
نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الأخرى لأن المبطل في
إحداهما بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع لأنه يبطل بالشروط
الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل عند
أبي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثلهما وهي مسألة الأصل قال
ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها فأقامت بينة فجعلها القاضي
امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وأن تدعه يجامعها وهذا
عند أبي حنيفة رح وهو قول أبي يوسف رح أولا وفي قوله الآخر و
هو قول محمد لا يسعه أن يطأها وهو قول الشافعي رح لأن القاضي
أخطأ الحجة إذ الشهود كذبة فصار كما إذا ظهر أنهم عبيد أو كفار
ولأبي حنيفة رح أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف
على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر
وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ
قطعا للمنازعة بخلاف الأملاك المرسلة لأن في الأسباب تزاحما
فلا إمكان باب

في الأولياء والأكفاء وينعقد نكاح الحرة البالغة العاقلة برضاها
وإن لم يعقد عليها ولي بكرا كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رح أنه لا ينعقد إلا بولي وعند محمد
رح ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رح لا ينعقد النكاح
بعبارة النساء أصلا لأن النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن
مخل بها إلا أن محمدا يقول يرتفع الخلل بإجازة الولي ووجه الجواز
أنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان
لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج وإنما يطالب الولي
بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين
الكفء وغير الكفء ولكن للولي الاعتراض في غير الكفء وعن أبي حنيفة و
أبي يوسف رح أنه لا يجوز في غير الكفء لأن كم من واقع لا يدفع و
يروى رجوع محمد إلى قولهما ولا يجوز للولي إجبار البكر البالغة على
النكاح خلافا للشافعي رح له الاعتبار بالصغيرة وهذا لأنها جاهلة
بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها ولنا و
أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة
لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام
وكالتصرف في المال وإنما يملك الأب قبض صداقها برضاها دلالة
ولهذا لا يملك مع نهيها قال فإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت
فهو إذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فإن سكتت فقد
رضيت ولأن جنبة الرضا فيه راجحة لأنها تستحيي عن إظهار الرغبة
لا عن الرد والضحك أدل على الرضا من السكوت بخلاف ما إذا بكت لأنه
دليل السخط والكراهة وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لا
يكون رضا وإذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال وإن فعل هذا
غير الولي يعني إذا استأمرها غير الولي أو ولي غيره أولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم

به لأن هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على
الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في غير
الأولياء بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه
ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر
رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لأن
للنكاح صحة بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا
لأن وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر إن كان فضوليا
يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان
رسولا لا يشترط إجماعا وله نظائر ولو استأذن الثيب فلا بد من
رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولأن النطق لا يعد
عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها فإذا زالت
بكارتها بوثبة أو حيضة أو جراحة أو تعنيس فهي في حكم الأبكار
لأنها بكر حقيقة لأن مصيبها أول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة
ولأنها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند
أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رح لا يكتفى
بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة والمثابة
والتثويب ولأبي حنيفة رح أن الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق
فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما إذا
وطئت بشبهة أو بنكاح فاسد لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكاما
أما الزنا فقد ندب إلى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها
وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فالقول قولها
وقال زفر القول قوله لأن السكوت أصل والرد عارض فصار
كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول إنه
يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع
إذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسألة الخيار لأن اللزوم قد ظهر

يعني المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه
نور دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رح
وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتيك في الدعوى
ان شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي
بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير
الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه
قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام
الشهوة الا ان ولاية الاب ثبت نصا بخلاف القياس والجد (في حق الصغير)
ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح
يتضمن المصالح ولا يتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في
كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول
الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور
شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى
رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان
القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه
في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا
يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا يثبت
ولاية الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث
الرأي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من
تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون
الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله
عليه السلام الانكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات
في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب
فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما
بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما

كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد
فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء
فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا خيار
لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان
يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار
الادراك واطلاق الجواب في الكتاب في غير الاب والجد يتناول الام و
القاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما ونقصان
الشفقة في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان
الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى
فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر
جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع
لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح
فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط
العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به
فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع
والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ
لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت و
لا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك
الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء
النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام
في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما
يبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت
باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم
الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق
اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي

ملكهما وهو مالك للطلاق فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر
وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك
الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد
الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا
نافذ فيتقرر به **قال** ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون
لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه
ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على
مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا و
لهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان واما الكافر فتثبت له
الولاية على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم
اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث .
ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة معناه عند
عدم العصبات وهذا استحسان **وقال** محمد لا تثبت وهو
القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف في ذلك
مضطرب والاشهر انه مع محمد رح لهما ما روينا ولان الولاية انما
تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة و
لابي حنيفة رح ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو
المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي له يعني العصبة من جهة
القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا
عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو
ابعد منه ان يزوج **وقال** زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة
لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها
حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية
نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى

الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها
حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير
وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ و
لا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة
الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية
لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو
باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته
حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها
في قول ابي حنيفة وابي يوسف **وقال** محمد ابوها لانه اوفر
شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية
مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات

فصل في الكفاءة الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام
الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان
انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان يكون مستفرشة
للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا
تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللاولياء
ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في
النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم
اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن
ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض
رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رح
الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة
وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون
بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من
الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام

لا يكون كفوا لمن كان له أبوان في الإسلام لأن تمام النسب بالأب و
الجد وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن أسلم
بنفسه لا يكون كفوا لمن له أب واحد في الإسلام لأن التفاخر فيما بين
الموالي بالإسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما
ذكرنا لأن الرق أثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة
قال وتعتبر أيضا في الدين أي الديانة وهذا قول أبي
حنيفة وأبي يوسف رح هو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر والمرأة تعير
بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد لا تعتبر لأنه
من أمور الآخرة فلا تبتنى أحكام الدنيا عليه إلا إذا كان يصفع و
يسخر منه أو يخرج إلى الأسواق سكران ويلعب به الصبيان لأنه
مستخف به وتعتبر في المال وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة و
هذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى أن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما
لا يكون كفوا لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام
الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لأن ما وراءه
مؤجل عرفا وعن أبي يوسف رح أنه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر
لأنه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار أبيه
فأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى
أن الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس
يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال أبو يوسف رح
لا يعتبر لأنه لا ثبات له إذ المال غاد ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا
عند أبي يوسف ومحمد رح وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان وعن أبي يوسف
أنه لا تعتبر إلا أن يفحش كالحائك والحجام والدباغ وجه الاعتبار أن
الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر
أن الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول من الخسيسة إلى النفيسة منها
قال وإذا تزوجت ونقصت من مهر مثلها فللأولياء الاعتراض

عليها عند أبي حنيفة رح حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها وقالا ليس
لهم ذلك وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد لا على اعتبار قوله الرجوع
إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه
لهما أن ما زاد على العشرة حقها ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد
التسمية ولأبي حنيفة رح أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور و
يتعيرون بنقصانها فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء والإعتاق على
مال ولهما أن الموجود شطر العقد لأنه شطره حالة الحضرة فكذا عند
الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور
من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين وما جرى بين الفضوليين
عقد تام وكذا الخلع وأخواته لأنه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم
به ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم يلزمه
واحدة منهما لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ في إحداهما
غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق ومن
أمر أميرا بأن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة رح
رجوعا إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز إلا أن يزوجه
كفوا لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالأكفاء قلنا
العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة أن
اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن
التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفؤ

باب المهر

ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرا لأن النكاح عقد انضمام وازدواج
لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا إبانة لشرف المحل فلا
يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها
لما بينا وفيه خلاف مالك رح قال وأقل المهر عشرة دراهم
الشافعي رحمه الله ما يجوز أن يكون ثمنا في البيع لأنه حقها فيكون

التقدير اليهما ولنا قوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة ولانه حق الشرع
وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا
بنصاب السرقة ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال
زفر مهر المثل لان التسمية لما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد
هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى
حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام
التسمية لانها قد ترضى بالتمليك بغير عوض تكرما ولا ترضى
فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها يجب خمسة عند الثلاثة
وعنده يجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد
فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم
المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء
بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول
والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان
تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه
باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرطه
ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله
تعالى قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان
لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال
الشافعي رح لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول له
ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه تعبدا التسمية لانه لا يعتبر به فا
واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد
من مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن
الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية
مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر

المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لم يملك ذلك غيرهما
ولابي حنيفة رح ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة
وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية هي المقصودة في التصرف
المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة
عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة رح ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها
وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز فصل في الوكالة
بالنكاح وغيره ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال
زفر لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد
بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز
لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان
الشافعي رح يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة
في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق
دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت
الحقوق اليه فاذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج
الى القبول وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان
اجازه جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها
او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله
مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رح
اي قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر او وكيلا او اصيلا حالة الوقوع كالبيع والنكاح والاجارة
تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا
يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا
الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه
ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد
تزوجت فلانة فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني
زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي

ونحوها وانما قيده بقوله وله مجيز
احترازا عما اذا لم يكن له مجيز
لانه اذا الم يوجد مجيز العقد عليه
الفضولي بنفسه لا يتوقف العقد

التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد قال ابو يوسف
اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا
يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب اصيلا من جانب عندهما
خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل
جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان
فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق في ابتداء كما تمكن من اسقاطها
ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة
البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها
المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هذه
المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك والمتعة ثلاثة اثواب
من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن
عائشة وابن عباس رض وقوله كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها
وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه
يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله على الموسع قدره وعلى المقتر قدره
ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك
في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي
لها ان دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة
وعلى قول ابي يوسف اولا نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي
رح لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب
بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما ذكر
الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف قال وان زاد لها في
المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر وسنذكره في زيادة
الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل
الدخول وعلى قول ابي يوسف رح اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف
عندهما يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض

في العقد على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر بقاء
حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك
مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر قال الشافعي رح
لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر
بدونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك في وسعها فيتأكد
حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان
او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة
حتى لو طلقها لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد
منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن نوع تكسر
وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء و
الكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء و
الحيض مانع طبعا وشرعا فان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر
كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في
المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا
كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله و
اذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رح و
قالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير
على سلامة الآلة ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم في حق السحق و
قد اتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا
استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا تصدق في ابطال
حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في
شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان
حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكين حقيقة وتستحب المتعة لكل
مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد
سمى لها مهرا قال الشافعي رح يجب لكل مطلقة الا لهذه و

لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة
نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر
ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه يسقط مهر المثل وتجب
المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل و
لا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش
فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا تزوج الرجل بنته على
ان يزوجه الآخر بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر
فالعقدان جائزان وقال الشافعي رح بطل العقدان لانه
جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا
الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد
ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق
وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر
مثلها وقال محمد رح لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد
حرة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته سنة وقال
الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصلح
اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك تتحقق المعاوضة
فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا
ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع
على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا
كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد
النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا
مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها
باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور
الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه
الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان

المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف
رح يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار
كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم
يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للاصل وهو مهر المثل
قال فان تزوجها على الف وقبضتها ووهبتها له ثم
طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة
عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود و
الفسوخ وكذلك اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في
الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل
الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع
عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رح لانه سلم المهر له بالابراء فلا
تبرأ عما يستحقه بالطلاق وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه
بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف
السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها
المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد
منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بنصف ما
قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد
ولابي حنيفة رح ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق
بلا عوض فلا تستوجب الرجوع اليه عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل
العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت
وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف
وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبضه
فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس
هو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف
عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة

نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه وههنا لم يكن لها دفع شيء آخر
مكانه بخلاف ما إذا كان المهر دينا وبخلاف ما إذا باعت من زوجها
لأنه وصل إليه ببدل ولو تزوجها على حيوان أو عروض في الذمة فكذلك
الجواب لأن المقبوض متعين في الرد وهذا لأن الحط لا تلحق في النكاح
وإذا عين يصير كأن التسمية وقعت عليها. وإذا تزوجها على ألف
على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها فإن وفى بالشرط
فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به وإن تزوج عليها أخرى
أو أخرجها فلها مهر مثلها لأنه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم
رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الألف
ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها فإن أقام بها
فلها الألف وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الألفين ولا ينقص عن
الألف وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا الشرطان جائزان حتى كان لها
الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها وقال زفر رح الشرطان
جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من ألف ولا يزاد على
ألفين وأصل المسألة في الإجارات في قوله إن خطته اليوم فلك درهم
وإن خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها إن شاء الله تعالى. وإذا
تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فإن كان مهر المثل أقل من
(أحدهما أوكس والآخر أرفع)
أوكسهما فلها الأوكس وإن كان أكثر من أرفعهما فلها الأرفع وإن
كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا لها الأوكس
في ذلك كله فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك
كله بالإجماع لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن
إيجاب الأوكس إذ الأقل متيقن فصار كالخلع والإعتاق على مال ولأبي
حنيفة رح أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل والعدول عنه عند
صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق على مال لأنه
لا موجب له في البدل إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة

رضيت بالحط وإن كان أقل من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة و
الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد
عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة. وإذا تزوجها على حيوان
غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير إن شاء
أعطاها ذلك وإن شاء قيمته أعطاها. قال رح معنى هذه
المسألة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو
حمار أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب
مهر المثل. وقال الشافعي رح يجب مهر المثل في الوجهين جميعا
لأن عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح لأن كل واحد
منهما معاوضة ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال
ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير وشرطنا أن
يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند إعلام الجنس
لأنه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس
لأنه لا واسطة لاختلاف معاني الأجناس وبخلاف البيع لأن مبناه على
المضايقة والمماكسة أما النكاح فمبناه على المسامحة وإنما يتخير لأن الوسط
لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا في حق الإيفاء والعبد أصل تسمية
فيتخير بينهما. وإن تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل و
معناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه أن هذه جهالة الجنس إذ الثياب
أجناس ولو سمى جنسا بأن قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما
بينا وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لأنها ليست من
ذوات الأمثال وكذا إذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه دون صفته
وإن سمى جنسه وصفته لا يخير لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا
صحيحا. وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها
لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف
البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لأن المسمى ليس

بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن
من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رح وقالا لها مثل
وزنها خلا فان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل
عند ابي حنيفة ومحمد رح **وقال** ابو يوسف تجب القيمة لابي
يوسف انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته او مثله ان كان
من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة
رح يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في
المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر وحر ومحمد يقول الاصل ان
المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى
موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق
بالمسمى لان المسمى مثل للمشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف
من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات الا ترى ان من
اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف
الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد
الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع
والخل مع الخمر جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على
هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة
دراهم عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب
مهر المثل **وقال** ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا
لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته **وقال**
محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها
ان كان مهر مثلها اكثر من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام
مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل واذا
فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر
لها لان المهر لا يجب فيه بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع

البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا يقام
مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا
خلافا لزفر رح هو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال
وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة
التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف
البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا
للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر
ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات هو الصحيح لانها تجب باعتبار
شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط
في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه ويعتبر مدة النسب
من وقت الدخول عند محمد رح وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد
ليس بداع اليه والاقامة باعتباره **قال** ومهر المثل يعتبر باخواتها
وعماتها وبنات عمها لقول ابن مسعود رح لها مهر مثل نسائها وهن
اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف
بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها
لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر
بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان يتساوى المرأتان
في السن والجمال والدين والعقل والبلد والعصر لان المهر يختلف باختلاف
هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر
التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن
الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله
فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر
الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو
الرسم في الكفالة وكذلك يصح هذا الضمان وان كانت الزوجة
صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغيرة وضمن الثمن لان الولي

سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد مباشر حتى ترجع العهدة
عليه فالحقوق إليه وتصح البراءة عند أبي حنيفة ومحمد رح ويملك
قبضه بعد البلوغ فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه ولاية
قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار أنه عاقد ألا يرى أنه لا يملك
القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال وللمرأة
أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها أي يسافر بها
ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل فصار كالبيع و
ليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها
حتى يوفيها المهر كله أي المعجل لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له
حق الاستيفاء قبل الإيفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع
نفسها لإسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف أبي يوسف
رح وإن دخل بها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس
لها أن تمنع نفسها والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها حتى لو
كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق
وعلى هذا الخلاف الخلوة برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة
لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلما إليه بالوطئة الواحدة وبالخلوة
ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع
وله أنها منعت منه ما قابل البدل لأن كل وطئة تصرف في البضع
المحترم فلا يعرى عن العوض إبانة لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما
وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم إذا وجد آخر وصار معلوما
تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد إذا جنى جناية
يدفع كله بها ثم إذا جنى جناية أخرى وأخرى يدفع بجميعها وإذا
أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء لقوله تعالى أسكنوهن من حيث
سكنتم وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريب يؤذى وفي
قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة قال ومن تزوج امرأة

ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها والقول قول
الزوج فيما زاد على مهر المثل وإن طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله
في نصف المهر وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف
رح القول قوله قبل الطلاق وبعده إلا أن يأتي بشيء قليل ومعناه
ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لأبي يوسف أن المرأة تدعي الزيادة
والزوج منكر فالقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يأتي بشيء يكذبه
الظاهر وهذا لأن تقوم منافع البضع ضروري فمتى أمكن إيجاب
شيء من المسمى لا يصار إليه ولهما أن القول في الدعاوى قول من
يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لأنه الموجب
الأصلي في باب النكاح فصار كالصباغ مع رب الثوب إذا اختلفا في هذا
الأجر يحكم قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا أن بعد الطلاق قبل الدخول القول
قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والأصل وذكر في الجامع
الكبير أنه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لأن المتعة موجبة بعد
الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق أنه وضع المسألة في
الأصل في الألف والألفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا
يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها
عشرون فيفيد التحكيم والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار
فيحمل على ما هو المذكور في الأصل وشرح قولهما فيما إذا اختلفا في
حال قيام النكاح أن الزوج إذا ادعى الألف والمرأة الألفين فإن كان
مهر مثلها ألفا أو أقل فالقول قوله وإن كان ألفين أو أكثر فالقول
قولها وأيهما أقام البينة في الوجهين يقبل وإن أقاما البينة في الوجه
الأول يقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لأنها
تثبت الحط وإن كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة تحالفا وإذا حلفا يجب
ألف وخمسمائة هذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول
الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في أصل المسمى

يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء
بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب
فيه كالجواب في حال حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما
ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج
عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة
الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح القول قول من انكر
فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان
شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان
ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء
لورثتها عند ابي حنيفة رح وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه
المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى
دين في ذمته وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت
اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل
صار دينا في ذمته فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة
ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل
ومن بعث الى امراته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر
فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان
الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب **قال** الا في الطعام الذي
يوكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيا للاكل لانه يتعارف
هدية فاما الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه
من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه

فصل واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير
مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها
او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا
عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحربيين واما الذمية فلها مهر

مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها
وقالا لها مهر المثل في الحربيين ايضا لهما ان الشرع ما شرع
ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على
العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية
الالزام منقطعة لتباين الدار بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا
فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربا وولاية الالزام متحققة
لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات
وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف و
بالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان
نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في
الاديان كلها والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من
اربى فليس بيننا وبينه عهد **وقوله** في الكتاب وعلى غير مهر
يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان
والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير
ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما
والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة
وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة **وقال** ابو يوسف رح
لها مهر المثل في الوجهين **وقال** محمد لها القيمة في الوجهين وجه
قولهما ان القبض موكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع
بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت
حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رح يقول لو كانا مسلمين وقت
العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى
مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا
هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق
المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من

ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كما في استردا د
الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام
بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد فيه بالقبض واذا
تعذر القبض في غير المعين لا يجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات
القيم فيكون اخذ قيمته كأخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات
الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في
الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل
اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب

نكاح الرقيق لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال
مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه
السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ
نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن
مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب
فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده
ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك
تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذلك
المدبر وام الولد لان الملك فيهما قايم واذا تزوج العبد باذن
مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة
العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن
من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين
التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما
لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقا الكتابة والتدبير فيودى
من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال
المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد
هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال

العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة
تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح
صحيح فيكون الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها
نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رح وقالا
يوخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز
عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى
الجائز لا غير فلا يكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما
فيواخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف
والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز
بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان
اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح
الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطي
ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له امرأة
جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر
المثل ووجهه ان السبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكره والنكاح
لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين
بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا
تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان
يبوئها بيتا للزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها
وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها
معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس
ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقا الملك
فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح **قال** رضي الله عنه
ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا
لان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في

الاسوة المساواة

العبد وهو رواية عن أبي حنيفة رح لأن النكاح من خصائص الآدمية
والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال فلا يملك إنكاحه بخلاف
الأمة لأنه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا أن الإنكاح
إصلاح ملكه لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو
النقصان فيملكه اعتبارا بالأمة بخلاف المكاتب والمكاتبة لأنهما
التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاهما. ومن زوج أمته ثم قتلها
قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند أبي حنيفة رح وقالا عليه
المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف أنفها وهذا لأن المقتول ميت
بأجله فصار كما إذا قتلها أجنبي وله أنه منع المبدل قبل التسليم
فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة والقتل في أحكام الدنيا جعل
إتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر. وإن قتلت حرة
نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رح هو
يعتبره بالردة وبقتل المولى أمته والجامع ما بيناه ولنا أن جناية
المرء على نفسه غير معتبرة في حق أحكام الدنيا فشابه موتها حتف أنفها
بخلاف قتل المولى أمته لأنه معتبر في حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة
عليه. وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة رح
وعن أبي يوسف ومحمد رح أن الإذن إليها لأن الوطء حقها حتى
تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها
كما في الحرة بخلاف الأمة المملوكة لأنه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها
وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى
فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة. وإن تزوجت أمة بإذن مولاها
ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا لقوله عليه السلام
لبريرة حين عتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع
صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما إذا
كان زوجها حرا وهو محجوج به ولأنه يزداد الملك عليها عند العتق

فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع أصل العقد دفعا
للزيادة. وكذلك المكاتبة يعني إذا تزوجت بإذن مولاها ثم أعتقت
وقال زفر لا خيار لها لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر
لها فلا معنى لإثبات الخيار بخلاف الأمة لأنه لا يعتبر رضاها ولنا
أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لأن عدتها قرءان
وطلاقها ثنتان. وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح
النكاح لأنها من أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال
ولا خيار لها لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما إذا
زوجت نفسها بعد العتق. وإن كانت تزوجت بغير إذنه على ألف و
مهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى
لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر
لها لأنه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الألف المسمى لأن نفاذ
العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب
المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد
باستناد النفاذ فلا يوجب إلا مهرا واحدا. ومن وطئ أمة ابنه فولدت
منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه. ومعنى المسألة أن يدعيه
الأب ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك
جاريته للحاجة إلى صيانة الماء غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها
إلى إبقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم
هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له إذ المصحح حقيقة الملك أو حقه
وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه
فتبين أن الوطء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر. وقال زفر والشافعي
يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة
وحكم الشيء يعقبه والمسألة معروفة. ولو كان زوجها أباه فولدت لم
تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لأنه صح التزوج

عندنا خلافا للشافعي رح لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذلك يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل على انتفائه الا انه يسقط الحد بالشبهة واذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه

قال واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح **وقال** زفر رح لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن العهدة وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره بالاعتاق عن الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد **وقال** ابو يوسف رح هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص ولا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رح **وقال** زفر رح

النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام **وقال** ابو يوسف ومحمد رح في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رح وفي الوجه الثاني كما قال زفر رح له ان الخطاب عام على ما مر من قبل فيلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفة رح ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فان تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه

فيجعل تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد
كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي يخالفنا فيه
للتعارض ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض
القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان
ذلك طلاقا عند ابي حنيفة رح ومحمد وان اسلم الزوج وتحته مجوسية
عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي
بينهما ولم يكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف لا يكون طلاقا
في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رح لا يعرض
الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض
لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام
وبعده متأكد فيؤجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان
المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتنى عليه الفرقة والاسلام طاعة
لا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت
الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف ان الفرقة بسبب يشترك فيه
الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما انه بالاباء
امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي
منابه في التسريح كما في الجب والعنة واما المرأة فليست باهل للطلاق
فلا ينوب القاضي منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما بابائها
فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يكن دخل بها
فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة
واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته
مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم تبين من زوجها
وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر
لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو
مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير

المدخول بها والشافعي يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت
الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك
عند ابي حنيفة خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم
زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان
يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت
البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع ولو سبي احد الزوجين
وقعت البينونة بينهما وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي
وقعت فالحاصل ان السبب عندنا هو التباين دون السبي وهو يعكسه
له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي
المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي يقتضي الصفاء للسابي ولا
يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا
ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي
يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار
كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح
وفي المستأمن لم يتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة
الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها
العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم
الاسلام ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا
خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية وان كانت حاملا لم
تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها
الزوج حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب
فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق التحريم المنع من النكاح
احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام والعياذ بالله
وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبر

بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء
وابو حنيفة فرق ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية
للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه
يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر و
لهذا يتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا يتوقف بالردة ثم ان
كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم
يدخل وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل
فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها وان ارتدا معا واسلما
معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رح يبطل لان ردة
احدهما منافية ففي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة
ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة رض بتجديد الانكحة والارتداد
منهم واقع معا لجهالة التاريخ وان اسلم احدهما بعد الارتداد
قبل الآخر فسد النكاح لاصرار الآخر على الردة لانه مناف
كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في
القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت احداهما بكرا والاخرى
ثيبا لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان ومال الى احداهما
في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة ان النبي عليه
السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا
قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة
ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا
ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار
في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه
والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط
وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم

وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة
فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد
بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال ولا حق لهن في القسم
حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن
فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رح القرعة مستحقة
لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا
انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب
وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا
يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب
عليه بتلك المدة ولو رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها
جاز لان سودة بنت زمعة رض سألت رسول الله ان يراجعها وتجعل
يوم نوبتها لعائشة رض ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا
لم يجب بعد فلا يسقط

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم
وقال الشافعي رح لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله
عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان
ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت
لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق
الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي
ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند
ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال زفر
ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة
على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون
شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عليه السلام

لارضاع بعد الحولين وله هذه الآية ووجهه ان الله تعالى ذكر شيئين
وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب
للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه
لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة
يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان
غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول
على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا
مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع
بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا
يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع
بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الادمي قال
ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته
من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته
من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز
تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها
حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامراة ابيه او امراة
ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما
روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه
ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة صبية فتحرم هذه
الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل
لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي لبن الفحل لا يحرم
لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا
والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلام لعائشة
ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها

فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت
اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك
مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان
يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحد لم يجز لاحدهما ان
يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت
ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد
ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة
لانها عمته من الرضاع واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب
تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رح
هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما
حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق
به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا كان
اللبن غالبا تعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما
فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لم يتعلق به التحريم في قولهم جميعا
لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله وله ان
الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا
معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام
اذ هو الاصل وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان
اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط
اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم
يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امراتين
تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل
الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله
تعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا
في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رح في هذا روايتان

وأصل المسئلة في الايمان. واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق
به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية
واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا
للشافعي رح هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة ثم تتعدى
الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها
حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى
الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة
دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطي لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال
بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن
محمد رح انه تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على
الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء
اما المحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان
المغذي وصوله من الاعلى. واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم
يتعلق به التحريم لانه ليس لبن على التحقيق فلم يتعلق به النشو وهذا لان
اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة. واذا شرب صبيان من لبن
شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة
باعتبارها. واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة
حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك
حرام كالجمع بينهما نسبا فان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة
جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة
وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير
معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها. ويرجع به الزوج على الكبيرة
ان كانت تعمدت به الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت ان
الصغيرة امرأته وعن محمد رح انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر
الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر

وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع
ليس بافساد للنكاح وضعا وانما يثبت ذلك باتفاق الحال او لان
افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان
نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال
النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما
تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا
لم تعلم بالنكاح او علمت ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن
الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ولو
علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار
الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم. ولا يقبل في الرضاع شهادة
النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين.
وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة
بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن
اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة
لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت
الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال
الملك فاعتبر امرا دينيا

كتاب الطلاق

باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة
اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة
واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة
رض كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي
العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر
واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف
لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول
بها ثلثا في ثلثة اطهار. وقال مالك انه بدعة ولا يباح

الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص
وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رض
ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة
ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان
تجدد الرغبة وهو الطهر [الخالي عن الجماع صح] فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم
قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة
والاظهر انه يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده
التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها
ثلاثا بكلمة واحدة او ثلاثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع
الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي رح كل طلاق
مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع
الحظور بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة
عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من
قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة
للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق
على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن
تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق
لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في
الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة
قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة
زائدة في الخلاص وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة الى
الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة
في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول
بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان
يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام

على الطلاق

على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما
زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير
المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر رحمه الله هو
يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة
لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر
واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا
للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في
حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من
المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق
الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا
بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة و
ان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك
عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول بالآخر والمتوسطان بالاهلة وهي
مسألة الاجارات قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين
وطيها وطلاقها بزمان وقال زفر رح يفصل بينهما بشهر
لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا
انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند
ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر
تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطي غير معلق فرارا عن مؤن الولد
فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز
عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان
الرغبة في الوطي لكونه غير معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل
الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا
واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق

على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد
طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق
الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة
السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها
الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحمل واذا طلق
الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره
وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله
عليه السلام مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد
الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح
انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره
وهي العدة ودفعا لضرر تطويل العدة **قال** واذا طهرت
وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها **قال**
رضي الله عنه وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في
الطهر الذي يلي الحيضة قال ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول
ابي حنيفة وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور في الاصل ان السنة
ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل
بالثانية ولا تتجزى فتتكامل ووجه قول الآخر ان اثر الطلاق قد
انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر
الذي يليه ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها
انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة
لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه فان نوى ان تقع
الثلاث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء
كان في حالة الحيض او في حالة الطهر **وقال** زفر لا تصح نية
الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا
من حيث ان وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظم

عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة
وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة
كالطهر في ذوات الاقراء على ما بينا فان نوى ان يقع الثلاث الساعة
وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص
على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلاث انما صحت فيه من
حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع
فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث

فصل

ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي و
المجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي
والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم
الاختيار وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رح هو يقول ان الاكراه
لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار
في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال
اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه
عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير
راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار
الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد
بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال
بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال
عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة
لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستاتيك
وجوهه في آخر الطلاق وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او
عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها او عبدا **وقال**
الشافعي رح عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام و
الآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر اكمل فكانت مالكيته ابلغ

الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة صح

واكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان
ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة
لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتأويل ما روي ان الايقاع بالرجال
واذا تزوج العبد امرأة حرة وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته
لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق و
مطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ
تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة
بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى
الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو
نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين
فيما بينه وبين الله تعالى لانه [illegible] يحتمله ولو نوى به الطلاق عن
العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق
لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه و
بين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا
تكون طالقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا
ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي
يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر
العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير و
لنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد
لانه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو
تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا
ثلاثا كقولك اعطيته جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت طالق
الطلاق او انت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة او

ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا فثلث ووقوع الطلاق
باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به
الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة اولى واما
وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل
عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت
طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا
لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان
المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس
فيتناول الادنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر
هو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها
ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت
المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان في
حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى
في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما
ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة و
بقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع
فكانه قال انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها
واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق
لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير
المرأة او يقول رقبتك طالق او عنقك او روحك طالق او بدنك
طالق او فرجك او جسدك طالق او وجهك طالق لانه يعبر بها عن
جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى
فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام
لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب
وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه

هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا منها
مثل ان يقول نصفك او ثلثك لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات
كالبيع وغيره فكذلك يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق
فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم
يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف
في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع
بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا لحكم
الطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في
الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة
في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب
ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها
او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ
عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا يصح اضافة النكاح اليها
بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى يصح اضافته اليه
فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه
لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة
او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر
بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا
ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا
لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون
ثلث تطليقات ضرورة ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة
قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فتتكامل وقيل يقع ثلث
تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا ولو قال
انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي
واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي

ثنتان وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الاول يقع ثنتان وفي الثاني
ثلث وقال زفر في الاول لا يقع شيء وفي الثاني يقع واحدة وهو
القياس لان الغاية لا يدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال
بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط ووجه قولهما وهو
الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل
كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد
به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من
ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرنا
وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكر والاصل في الطلاق
الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة ليترتب عليها الثانية
ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع
ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب
او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب
وهو قول الحسن بن زياد ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا
في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها فان
نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع
والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما في قوله
واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في
تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو
نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني
ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان و
عند زفر ثلث لان قضيته ان تكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على
الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق
من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رح

معنى تأبيده لانه وصفها بالطلاق بالطول وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه
متى وقع وقع في الاماكن كلها: ولو قال انت طالق بمكة او في مكة
فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك قوله انت طالق في الدار
لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة
يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو
قال انت طالق اذا دخلت مكة [لم تطلق حتى تدخل مكة صح] لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك
الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الظرف والشرط فيحمل عليه عند تعذر
الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت
طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في
جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار
يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا
للظاهر: ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يؤخذ باول
الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما
قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا كان اضافة
والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في
الفصلين: ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في
القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة
قوله غدا على ما بينا ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا
لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى
حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب
وتعيين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان
التعيين القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه
يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد
نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن
في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر: ولو قال انت طالق امس وقد

تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية
الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه
اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج
ولو تزوجها اول من امس وقع الطلاق الساعة لانه ما اسنده الى
حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في
الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة: ولو قال انت طالق قبل ان
اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال
طلقتك وانا صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرنا: ولو قال انت
طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت
طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد
حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من
ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت
الحيوة: ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا
يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة و
موتها بمنزلة موته هو الصحيح: ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا
ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة وقالا تطلق حين سكت
لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال
قائلهم واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب
فصار بمنزلة متى وتيما * ولهذا لو قال لامرأته امرك بيدك اذا شئت
لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت
ولابي حنيفة رح انه يستعمل للشرط ايضا قال قائلهم * واستغن
ما اغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل * فان اريد
به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق
بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت
لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار

في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية
اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في اخر العمر
لان اللفظ يحتملهما : ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق
فهي طالق هذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان
يقع المضاف اليه ايضا فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رح لانه
وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل
ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن
اليمين بدلالة الحال لان المقصود هو البر ولا يمكن تحقيق البر الا ان
يجعل هذا القدر مستثنى اصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل
بالنقلة من ساعته واخواته على ما نذكر في الايمان ان شاء الله تعالى
ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت
لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد
كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهو اللائق به ويذكر ويراد
به مطلق الوقت **قال** الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره و
المراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد [والتزوج والطلاق منه صح] من هذا القبيل
فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين
في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد
والنهار يتناول البياض خاصة هو اللغة

فصل

ومن قال لامرأته
انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك
بائن او عليك حرام وينوي الطلاق فهي طالق **قال**
الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان
ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك
هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع [لهما] لازالة
فيصح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا
ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي

الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها
لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة
لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل
وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا
اليها **قال** ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء
رضي الله عنه كذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف اخرا وعلى قول محمد رح وهو قول ابي يوسف رح
اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رح في كتاب الطلاق فيما
اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسألتين
ولو كان المذكور هنا قول الكل فعن محمد رح روايتان له انه ادخل
الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط
اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا
لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن
بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها
انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث
وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق
تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان
الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي
او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان
موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك امرأته
او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة
للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية [كذا]
واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام
ملك اليمين فينتفي ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق
يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه

وكذا إذا ملكه أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة
وعن محمد رح أنه يقع لأن العدة واجبة بخلاف الفصل الأول لأنه
لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له ولو قال لها وهي أمة لغيره أنت
طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة لأنه
علق التطليق بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون
معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة و
المعلق به التطليق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند
الشرط عندنا وإذا كان التطليق معلقا بالإعتاق أو العتق يوجد
بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق
فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين يبقى شيء وهو
كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى فإن مع العسر
يسرا إن مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط
ولو قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت
حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض و
هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح قال محمد رح زوجها يملك
الرجعة لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط
الذي علق به المولى وإنما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن
الإعتاق لأنه علته أصلها الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا
للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسألة الأولى ولهذا تقدر
عدتها بثلاث حيض ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم
العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق فالطلقتان تحرمانها لأنه
حرمة غليظة بخلاف المسألة الأولى لأنه علق التطليق بإعتاق المولى
فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها
بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه إلى ما
قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن

التطليق لأنه علته فيقترنان **فصل** في تشبيه الطلاق ووصفه
ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى
فهي ثلاث لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد المبهم في مجرى العادة
إذا اقترنت بالعدد المبهم **قال** صلى الله عليه وسلم الشهر
هكذا وهكذا وهكذا الحديث وإن أشار بواحدة فهي واحدة وإن أشار
بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والإشارة تقع بالمنشورة منها وقيل
إذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها وإذا كان تقع الإشارة بالمنشورة
فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا إذا نوى
الإشارة بالكف حتى يقع في الأولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة
لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لأنه لم يقترن
بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله أنت طالق وإذا وصف الطلاق بضرب
من الزيادة والشدة كان بائنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة
وقال الشافعي رح يقع رجعيا إذا كان بعد الدخول لأن
الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع
فيلغو كما إذا قال أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك ولنا أنه وصفه
بما يحتمله ألا ترى أن البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به
فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين ومسألة الرجعة ممنوعة فيقع
واحدة بائنة إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين أما إذا نوى الثلاث
فثلاث لما مر من قبل ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن
أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان لأن هذا الوصف يصلح لابتداء
الإيقاع وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق لأنه إنما وصف بهذا
الوصف باعتبار أثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا إذا
قال أخبث الطلاق أو أسوأه لما ذكرنا وكذا إذا قال طلاق الشيطان
أو طلاق البدعة لأن الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق
الشيطان بائنا وعن أبي يوسف في قوله أنت طالق للبدعة أنه لا يكون

ثانيا إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في حالة الحيض
فلا بد من النية وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق
الشيطان يكون رجعيا لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في
حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا إذا قال كالجبل لأن
التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك بإثبات زيادة الوصف و
كذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا **وقال** أبو يوسف يكون رجعيا
لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحيده ولو قال لها أنت طالق
أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي
الثلاث أما الأول فلأنه وصفه بالشدة وهو البائن لأنه لا يحتمل
الانتقاض والارتفاض أما الرجعي فيحتمله وإنما يصح نية الثلاث لذكره
المصدر وأما الثاني فلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة و
في العدد أخرى يقال هو ألف ويراد به القوة فيصح نية الأمرين وعند
فقدانها يثبت أقلهما وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه
عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما إذا قال أنت طالق
كعدد ألف وأما الثالث فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه
وقد يملؤه لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية
يثبت الأقل ثم الأصل عند أبي حنيفة رح أنه متى شبه الطلاق بشيء
يقع بائنا أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر لما أن التشبيه
يقتضي زيادة وصف وعند أبي يوسف إن ذكر العظم يكون بائنا وإلا
فلا أي شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على
التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رح إن كان
المشبه به مما يوصف عند الناس بالعظم يقع بائنا وإلا فهو رجعي و
قيل محمد مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف وبيانه في قوله مثل رأس
الإبرة مثل عظم رأس الإبرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال أنت
طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لأن

ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا
الأمر طول وعرض وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف
لا يليق به فيلغو وإن نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع
البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل

في الطلاق قبل
الدخول وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها
لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا فلم يكن
قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة فإن فرق الطلاق بانت
بالأولى ولم تقع الثانية وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق
لأن كل واحدة إيقاع على حدة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره
حتى يتوقف عليه فيقع الأول في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة
وكذا إذا قال أنت طالق واحدة وواحدة يقع واحدة لما قلنا إنها
بانت بالأولى ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة
كان باطلا لأنه الوصف قرن بالعدد فكان الواقع هو العدد فإذا
ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع فبطل وكذا لو قال أنت
طالق ثنتين أو ثلاثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى
ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة
والأصل أنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف إن قرنها
بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وإن
لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو
وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في وسعه
فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين
بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة
فحصلت الإبانة بالأولى ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع
ثنتان لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى
إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال غير أن الإيقاع في الماضي

ايقاع في الحال ايضا فيقع ثنتان وكذا اذا قال انت طالق
واحدة بعد واحدة يقع ثنتان لان البعدية صفة للاولى فاقتضى
ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقع ثنتان ولو
قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة يقع ثنتان لان
كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رح في قوله معها انه يقع واحدة لان
الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها يقع ثنتان
في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان
دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة
عند ابي حنيفة رح وقالا يقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة
وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو
للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر الشرط وله
ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الثاني لا يقع الا
واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك
بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف عليه فيقع
جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء
فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه
يقع واحدة بالاتفاق لان حرف الفاء للتعقيب وهو الاصح واما
الضرب الثاني وهو الكنايات فلا يقع بها الطلاق الا بالنية او
بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمل الطلاق وغيره
فلا بد من التعيين او دلالته قال وهي على ضربين منها
ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله
اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فانها تحتمل الاعتداد
عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين
بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية
فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد ولانها تصريح بما هو المقصود منه فكان
بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان
يكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه
قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده
او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج
فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او
مضمر ولو كان مظهرا لا يقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وفي
قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي
نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح
لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية الكنايات
اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كانت ثلثا
وان نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة
وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية
ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت
حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي
وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية الا ان
يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا
يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رح سوى
وفي الاصل يصدق في القضاء اذا كان في حال المذاكرة الطلاق [illegible]
بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان
الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق
وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما
يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا ويصلح سبا وشتيمة ففي حالة
الرضا لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار
النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا
ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي
امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال

الطلاق وتصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي
قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو
الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال
الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله
اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب
يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله لا ملك
لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق
في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى
الثلاث الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي
لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية
وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف
الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء
في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها
كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير
قصد وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط
تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت
الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية الثلاث فيها لتنوع
البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا
يصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رح لانه عدد وقد بيناه
من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت
بالاول طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى
حقيقة كلامه ولانه يامرها في العادة بالاعتداد بعد الطلاق
فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث
لانه لما نوى بالاول الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق
فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية

بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا
ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون
الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن
حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية
انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول
قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

واذا قال لامرأته اختاري
ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق
نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل
آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة
رض ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس
كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس
تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس
الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد
القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هناك
الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه
يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان
اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان
لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع
بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه باجماع
الصحابة ولانه يمكنه ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها
مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها
نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن قال
ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع
بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع قال ولا بد من ذكر النفس في

كلمة او كلمة منها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل
لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا
يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال لها اختاري نفسك
فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج
جوابا له فيتضمن اعادته وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد
اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيار
نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه وكذا
لو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج
لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال
اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق
لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك
فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رض فانها قالت
لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها ولان
هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة
واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال
لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي
لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري
اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت
ثلثا في قول ابي حنيفة رح ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا لا يطلق
واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار
في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه
ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما
يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع
في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا في حق
الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم

جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتاكيد
وبدون التاكيد يقع الثلث فمع التاكيد اولى ولو قالت قد
طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان
هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت
نفسها بعد العدة وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري
تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها
الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص

فصل

في الامر باليد واذا قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت
قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر
باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة للاختيارة فصار كانها
قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد
طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة
لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي
الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن
ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة
في التفويض مذكورة في الايقاع وانما تصح نية الثلث في قوله
امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم
بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل و
لو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليلة وان ردت
الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه
صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ
ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما
لا يرتد الاخر وقال زفر رح هما امر واحد بمنزلة قوله انت
طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التاقيت والامر باليد
يحتمله فيوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدا ولو قال امرك

بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك فان ردت الامر في يومها
لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين
الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم
الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في
يومين وعن ابي حنيفة رح انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار
نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع وجه الظاهر
انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا
اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا
احدهما وعن ابي يوسف اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا
انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا على حدة بخلاف ما تقدم وان قال
امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى
جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون
به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضائه
واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما ولم تقم فالامر في
يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان
المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر
على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان
كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى
التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم
في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر
مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما
بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض
اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في
عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما
يقطعه او ما يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به

وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا
مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال
فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة
فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا
كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه هذا رواية الجامع
الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان
الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو
كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رح ولو قالت
ادع ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة
لتحري الصواب والاشهاد للتحرز عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض
وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان
سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها و
السفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا يرى
انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشيئة

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت
طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد
الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل
التطليق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر
اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث وينصرف الى الواحدة
عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق
ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة
لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي
طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ
الطلاق الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت
ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة

للتفويض في الاصل لانها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة
فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي
تطليقة بائنة وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه
ليس من الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قال لامرأته اخترتك واختاري
ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج
اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا
للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رح انه لا
يقع بقولها ابنت شيء لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير
الطلاق. وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه لان
فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم
ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي
ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ولو
قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس و
بعده لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما اذا قال في اي وقت
شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده
وله ان يرجع لانه توكيل واستعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس
بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا
لا توكيلا. ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس
خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رح هذا والاول
سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشية فكان
كالتوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه
بالمشية والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته والطلاق يحتمل التعليق
بخلاف البيع لانه لا يحتمله. ولو قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت
واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة
ضرورة. ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم

يقع شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته و
زيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة رح انها اتت بغير
ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث
غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب
فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه
يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما
هنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا. وان امرها بطلاق
يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر
به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك
الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فيقع رجعية لانها اتت بالاصل
وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان
يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فيقع
بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض
اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار
كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا. وان
قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان
معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم
يوجد الشرط. ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت
نفسها ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة رح لان مشية الثلث ليست بمشية
للواحدة كايقاعها وقالا يقع واحدة لان مشية الثلث مشية الواحدة
كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة فوجد الشرط. وان قال لها انت طالق
ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر
لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط
وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله
شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير

الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت
طلاقك لا يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف
قوله اردت طلاقك لانه لا تنبئ عن الوجود بخلاف وكذا اذا قالت
شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان
المأتي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق ويبطل الامر وان قالت قد
شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز
ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما
شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما
فلانهما للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت
شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في
في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا
تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال الا واحدة
لانها فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما
كلمة اذا واذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رح ان كانت
تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج الامر
بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان
تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا لان كلمة كلما
توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم حتى لو
عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث
وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد
لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت
طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت من مجلسها
فلا مشيئة لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق
له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف
الزمان لان له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فيجب اعتباره

خصوصا وعموما وان قال لها انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة
يملك الرجعة ومعناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة بائنة او
ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت
المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة
او على القلب يقع واحدة رجعية لانها لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي
ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على موجب
التخيير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رح
وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلاثا وعلى
هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة
شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها ليكون لها المشيئة في
جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة ان كلمة كيف
للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود
اصله ووجود الطلاق بوقوعه ولو قال لها انت طالق كم شئت
او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان في العدد فقد
فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر
كان ردا لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في
الحال وان قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها ان تطلق
نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلاثا عند ابي حنيفة وقالا تطلق
ثلاثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة للتعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز
فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من
نسائي من شاءت ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما
للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار
السماحة او لعموم الصفة وهو المشيئة حتى لو قال من شئت كان على
الخلاف

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح

مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق **وقال** الشافعي رح لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما ولو اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا اضافه الى الملك او سببه ولا بد من واحد منهما **والفاظ** الشرط ان واذا واذا ما ومتى ومتى ما وكل وكلما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم ان كلمة ان حرف الشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريه فهو حر **قال** ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة تم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال **قال** الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار

قال فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رح وسنقرره بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور **قال** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد الشرط في الملك انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية ولو اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه منكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على

الاصل وهي عدم الحيض. واذا قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم
لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون
حيضا. فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه
بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء. ولو قال لها
اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها. لان
الحيضة بالهاء هي الكامل منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء
وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر. واذا قال انت طالق اذا صمت
يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه لان اليوم
اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت
لانه لم يقدر بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه. ومن قال
لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية
فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول
لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها
لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية
ثم لا يقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت
تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما
ذكرنا انه حال انقضاء العدة فاذا في حال تقع واحدة وفي حال
يقع ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والاولى ان تاخذ بالثنتين
تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا. وان قال لها ان
كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت
عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع
الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه على وجوه اما ان
وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في
غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد
الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب الخلافية

لا اعتبار للاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا
ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير
الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال ليصح اليمين وعند تمام الشرط
لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء
اليمين فيستغنى عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة. وان قال
لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا
آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلثا عند ابي
حنيفة رح وابي يوسف وقال محمد رح هي طالق ما بقي من
الثلث وهو قول زفر رح واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون
الثلث عندهما فيعود اليه بالثلث وعند محمد وزفر رح لا يهدم فيعود
بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى. وان قال لها ان دخلت
الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق ثلثا فتزوجت غيره و
دخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال
زفر رح يقع الثلث لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاقه في اللفظ وقد بقي
احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك
لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او
الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرنا وقد فات بتنجيز الثلث المبطل
للمحلية فلا يبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء
محله. ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما
التقى الختانان طلقت ثلثا وان لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب
عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة. وعن ابي يوسف
انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه
الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج
في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد
الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى

المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطي لا يخلو عن احد
ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف رح خلافا
لمحمد رحمه الله لوجود المساس ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع
لوجود الجماع **فصل** في الاستثناء واذا قال لامرأته انت
طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق
او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة
الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط
لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا
بمنزلة سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون
الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول **قال** وكذلك
اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من
ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات
الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء ولو قال انت طالق ثلثا الا وا
حدة طلقت ثنتين ولو قال الا اثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء
تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا
فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة
فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء
الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وصارفا للفظ
اليه وانما يصح اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل اذا ثبت هذا ففي
الفصل الاول المستثنى منه ثنتان وفي الثاني واحدة فيقع
واحدة ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح
الاستثناء

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة
ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها **وقال** الشافعي
رح لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي

السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في
مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله الى
زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في
العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف
ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست
بسبب لارثه عنها فتبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا
بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات
وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها والتأخير لحقها وان
قال طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي لا
يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرضه
قد كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين
او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة
رح وقالا يجوز وصيته واقراره وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم
اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث
في قولهم جميعا الا على قول زفر رح فان لها جميع ما اوصى وما اقر
لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية
وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضا
العدة صارت اجنبية عنه وانعدمت التهمة الا يرى انه تقبل شهادته
لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية
وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح و
القرابة ولا عدة في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رح في المسئلتين
ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار
والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار
بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها و
هذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه

ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا يتهم في
حق هذه الأحكام قال ومن كان محصورا أو في صف القتال
فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه وإن كان قد بارز رجلا أو قدم ليقتل في قصاص
أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل وأصله ما بينا أن امرأة الفار
ترث استحسانا وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وإنما يتعلق
حقها بماله بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما إذا كان صاحب فراش
وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء وقد يثبت بما
هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه
السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال
الغالب منه السلامة لأن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا
يثبت به حكم الفرار والذي بارز أو قدم ليقتل الغالب منه الهلاك
فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله إذا مات
في ذلك الوجه أو قتل دليل على أنه لا فرق بينما إذا مات بذلك السبب
أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل قال وإذا قال الرجل لامرأته
وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان
الظهر أو إذا دخل فلان الدار فأنت طالق فكانت هذه الأشياء
والزوج مريض لم ترث وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله
إذا دخلت الدار وهذا على وجوه إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت
أو بفعل الأجنبي أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة وكل وجه على وجهين
إما أن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في المرض
أما الوجهان الأولان وهو ما إذا كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال
إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبي بأن قال إذا دخل
فلان الدار أو صلى فلان الظهر فإن كان التعليق والشرط في المرض
فلها الميراث لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق
في حال تعلق حقها بماله وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض

لم ترث وقال زفر رح ترث لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود
الشرط كالمنجز فكان إيقاعا في المرض ولنا أن التعليق السابق يصير
تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم إلا عن قصد فلا يرد تصرفه
وأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في
الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له منه بد أو لا بد له منه
يصير فارا لوجود قصد الإبطال إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في
المرض وإن لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد فيرد تصرفه
دفعا للضرر عنها وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها فإن
كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم
ترث لأنها راضية بذلك وإن كان الفعل لا بد لها منه كأكل الطعام
وصلاة الظهر وكلام الأبوين فلها الميراث لأنها مضطرة في المباشرة
لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضا
مع الاضطرار وأما إذا كان التعليق في الصحة إن كان الفعل مما لها
منه بد فلا إشكال أنه لا ميراث لها وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك
الجواب عند محمد رح وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد
تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ترث لأن الزوج ألجأها
إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه قال
وإن طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال
زفر رح ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في
العدة ولكنا نقول المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم
به مرض الموت فتبين أنه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو
طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات من مرضه وهي في
العدة لم ترث وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت
ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهلية الإرث إذ المرتد لا يرث أحدا
ولا بقاء له بدون الأهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمية

لانها في الارث وهو ابا في بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام النكاح
لانها تثبت الحرمة فتكون راضية بابطال السبب وبعد الطلقات
الثلث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف
امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت منه وقال محمد رح
لا ترث وان كان القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا
ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى الخصومة لدفع عار
الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وان آلى وهو صحيح ثم بانت
بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت
لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة اشهر خالية عن
الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال
والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه
لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا
انها ترث انما ترث اذا ماتت في العدة وقد بينا.

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين
فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى
فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة
استدامة الملك الا يرى انه سمي امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق
الاستدامة في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول
راجعتك او راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين
الائمة قال او يطأها او يقبلها او يلمسها او ينظر الى فرجها
بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا تصح الرجعة الا
بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم
وطؤها وعندنا هي استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره ان شاء
الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار
والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في

الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما
في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين
المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول
العدة عليها قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين
وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رح في احد قوليه لا
تصح وهو قول مالك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر
للايجاب ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة
النكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في
الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها و
ما تلاه محمول عليه الا يرى انه قرنها بالمفارقة وهو مستحب فيها و
يستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال كنت
راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه
اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما الا ان بالتصديق
ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف
في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا قال الزوج قد
راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة
رح وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة اذ هي باقية ظاهرا الى
ان تخبر وقد سبقت الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة
له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة
الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل
ذلك على سبق الانقضاء واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة
الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره
بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء
عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الامة فالقول قولها
عند ابي حنيفة رح وقالا القول قول المولى لان بضعها مملوك له

فقد اقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الاقرار عليها بالنكاح وهو
يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما
يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذلك
عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة
للمولى فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف الوجه الاول لان المولى
بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة
وان قالت قد انقضت عدتي قال الزوج والمولى لم تنقض
فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع الدم
من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان
انقطع لاقل من عشرة ايام لم تنقطع حتى تغتسل او يمضي عليها وقت
صلوة كامل لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت
من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل
عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم
حكم من احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت
كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع
اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف وهذا استحسان قال
محمد رح اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء
طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان
بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان
لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا
فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية
ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز
الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان
عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت
قال رح وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل ان لا

تبقى الرجعة لانها قد تغسل الاكثر والقياس فيما دون العضو ان تبقى
لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما
دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء
اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط
فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف ولا يغفل عنه
عادة فافترقا وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك
عضو كامل وعنه وهو قول محمد رح هو بمنزلة ما دون العضو لان في
فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الاعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل
او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في
مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلم الولد للفراش
وذلك دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا
واذا ثبت الوطي تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة
ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان
فلان تثبت الرجعة اولى وتأويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق
لانها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا يتصور الرجعة فان
خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلق
لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق
في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا بخلاف المهر لان
تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل
الاول فان راجعها معناه بعد ما خلا بها قال عليها السلم لم
اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لانه
يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن
هذه المدة فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار
الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي و
المسلم لا يفعل الحرام وان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت

ثم اتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو ان يكون بعد ستة
اشهر وان كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع
الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون بالولد الثاني
من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير
مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة
اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذلك الثالث
لانها اذا جاءت بالولد الاول وقع الطلاق وصارت معتدة و
بالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في
العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين
معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا
لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة
بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق قال والمطلقة
الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم
بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا
ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق
نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة
فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها
وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رح
له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله
تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن الاية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته
الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة
فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء
من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل
العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه
الاستحباب على ما قدمناه قال والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء

التشوف خاص في الوجه والتزين عام منه

الشافعي رح يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق
ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة
ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى
يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل
ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم

فصل

فيما تحل به المطلقة واذا كان الطلاق بائنا دون
الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق
لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في
العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق
ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا
صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى
فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة
الثالثة والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف
لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة
انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل
النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد
استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو
قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر روي بروايات
ولا خلاف فيه لاحد سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى لو قضى
به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة
فيه والكمال قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في
نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رح يخالفنا فيه والحجة عليه ما ذكرناه
وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع
امرأة وجب عليها الغسل واحلها للزوج الاول ومعنى هذا الكلام
ان تتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو

سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي
وان كان يؤمر به تخلقا قال ووطء المولى امته لا يحلها
لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه
لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله فان طلقها
بعدما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح
لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت
فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد رح انه يصح النكاح لما بينا
ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده
كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها
وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات
ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين كما يهدم الثلث وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح لا يهدم ما دون
الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل
الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا و
هو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت
ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز
للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة
او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر
اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في
باب العدة ان شاء الله تعالى

باب الايلاء

اذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك
اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص
اربعة اشهر الاية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه
ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان
اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه

بتطليقة وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي لانه
مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة
ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه
المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت و
كفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى
انقضاء المدة فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقط اليمين لانها
كانت موقتة به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة
ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه
لم يوجد منع الحق بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان
وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها
وبالتزوج يثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من
وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة
اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا فان تزوجها بعد زوج آخر لم
يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع
مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها
وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل
من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رض لا ايلاء فيما دون
اربعة اشهر ولانه امتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله
لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين
بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه
بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين
الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد
اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل
مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا
لزفر هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة

المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه وهنا
يمكنه لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان التعيين فيها
لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم و
الباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال
وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه
يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال
ولو حلف بحج او صوم او صدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق
المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها
من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده وفيه
خلاف ابي يوسف فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء و
هما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق فان
يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع فان آلى
من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان
الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من
نسائنا بالنص فلو انقضت العدة انقضت مدة الايلاء سقط الايلاء
لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي
ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا
لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر لتحقق الحنث
اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة
ضربت اجلا للبينونة فيتنصف بالرق كمدة العدة وان كان المولي
مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع
او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه
قال ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء
الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا
لكان حنثا ولنا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد

باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع
في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل
حصول المقصود بالخلف واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن
نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه
وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال اردت الطلاق
فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات
وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رح وقال محمد رح ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو
الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق
يحتمل المقيد وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير
به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره
في الايمان ان شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم
الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان
تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما
افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال
لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار
من الكنايات والواقع بالكناية بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية
هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وان
كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان
اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه
شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال
وان كان النشوز منها كرهنا له ان يأخذ اكثر مما اعطاها وفي رواية
الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلوناه بدءا ووجه
الاخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة

فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك
اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والاباحة
وقد ترك في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي وان
طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج
يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك
التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض
عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا و
لانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك
هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل العوض
في الخلع مثل ان يخالع المسلمة على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج
والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق
في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض
كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو
يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما
حتى تصير غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب
غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها
سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث
يجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا
اما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما نذكره وبخلاف
النكاح لان البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر الدخول
متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه
واما الاسقاط فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال قال
وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا
للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في
يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره

بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها
فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن
الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته
للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج
فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني
على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل ولم يكن في يدها شيء
فعليها ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من هنا للصلة
دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه فان اختلعت على عبد لها
آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت
وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض
واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط
الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها
واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلاث بالف فقد طلبت
كل واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض و
العوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال وان قالت
طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة
ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على
بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم
وعلى درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى
يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق
على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير
للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع
على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر فاذا لم يجب
المال كان مبتدئا فوقع ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي
نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان

الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف قولها
طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها
ارضى. ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف
وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في الوجهين لان معنى
قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط
الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط
لا ينزل قبل وجوده والطلاق باين لما قلنا. ولو قال لامرأته
انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف
فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رح
وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم
يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة
فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم و
له انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبلها الا بدلالة اذ الاصل فيها
الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال
بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه. ولو قال انت طالق
على الف درهم على انك بالخيار او على اني بالخيار ثلثة ايام فقبلت
فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة فان
ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف و
هذا عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع
وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الا
الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه
يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع
حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار
فيه اما في جانبه فيمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء
المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في

الطلاق. ومن قال طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت
قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف
درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري. ووجه الفرق
ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا
بالشرط لصحته بدونه اما البيع فلا يتم الا بالقبول فالاقرار به
اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه

فصل

والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين
على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة. وقال محمد رح
لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة
في المبارأة لمحمد ان هذه معاوضة وفي المعاوضات تعتبر المشروط
لا غير ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من
الجانبين وانه مطلق فقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما
الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة
الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل و
منه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما
في النكاح واحكامه وحقوقه. ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم
يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم
والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا
يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال
واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية
ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر
بالتعليق بساير الشروط. وان خلعها على الف على انه ضامن فالخلع
واقع والالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب
اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط
الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت

وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل
الغرامة فان قبله الاب عنها فعنه روايتان وكذا ان خالعها على
مهرها ولم يضمن المهر يتوقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط
المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو
الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ولزمه خمسمائة استحسانا
وفي القياس تلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول
على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي
الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل
له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى
والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان
يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل
حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية
لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة و
ارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما
في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي
يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر
استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر
لقوله عليه السلام للذي واقع امرأته في ظهاره قبل ان يكفر استغفر
الله تعالى ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه
قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق
لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن
امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة
بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن

لا يحل النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه
من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال رأسك
علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه
يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه
في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف
حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه
فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها
وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت
الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال
انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم تكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة
وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة و قال محمد يكون ظهارا
لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان
عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى
الحرمتين وعند محمد رح ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال
انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل
الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه
تاكيد له وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار
والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء
لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل
كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا
وعند ابي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة رح
انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال
ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا
لقوله من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان
الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج امرأة بغير

بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق
في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه
حتى يتوقف عليه بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق
الملك. ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا
لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة
كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فيتعدد
بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم
ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

قال وكفارة
الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع
فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا
الترتيب. قال كل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق و
الصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية
للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليكون الوطي حلالا. قال
ويجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير
والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات
المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول
الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكاة ونحن
نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق
التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره ولا يجزئ
العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة
وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو
غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين
من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا
مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي
اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية

النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان
اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع
اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهامي
اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة
ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون
الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال
غير مانع ولا يجوز عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية
بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض
المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة انه يجزيه لقيام الرق
من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد و
التدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا
جاز خلافا للشافعي رح له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه
المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر
بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان
مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه يسلم له الاكساب
والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة او لان الفسخ ضروري
لا يظهر في حق الولد والكسب ولو اشترى اباه او ابنه ينوي بالشرى
الكفارة جاز عندنا. وقال الشافعي رح لا يجوز وعلى
هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في الايمان ان شاء الله
تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه
لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه تملك نصيب صاحبه
بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا
كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون
اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم

يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع عن الكفارة وان اعتق نصف عبده عن
كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان
تمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن
اضجع شاة الاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لان
النقصان على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح اما على قولهما
الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا
بكلامين فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها
ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده و
شرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق النصف حصل
بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس
واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس
فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق
اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار
لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي
فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال
الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يستانف لانه لا يمنع التتابع
اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا
ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان
الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة
بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف وان افطر يوما منهما بعذر
او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان ظاهر
العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل
التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجز لانه ليس من اهل
الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم

ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا و
يطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة
ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسلمة بن صخر
لكل مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل
مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد
ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من شعير (او تمر) جاز لحصول
المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل
اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فتحقق
تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما اكلوا او كثيرا
وقال الشافعي رح لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة و
صدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه
الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين
من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة
الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن
عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام
في خبز الشعير ليمكنه استيفاء الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط
الادام وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه فان اعطاه في
يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة
تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره و
هذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في
يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة
الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة
لان التفريق واجب بالنص وان قرب التي ظاهر منها في خلال
الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون
قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق

او الصوم فيتعين ان يعتبر المسيس والمنع لمعنى فيه فلا يعدم المشروعية في نفسه. واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر. وان اعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة. وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء. وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رح لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي رح له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر رح انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد من التعيين فيهما

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان. والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن والغضب قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا فنقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطي بشبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق. فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب. ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدي بالزوج لانه هو المدعي. فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه. واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت لقوله تعالى والذين

يرمون المحصنات الآية وأما اللعان خلف عنه وإن كان هو من أهل
الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا
يحد قاذفها بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد عليه ولا
لعان لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع
اللعان بمعنى من جهتها فيسقط الحد كما إذا صدقته والأصل في ذلك
قوله عليه السلام أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية
والنصرانية تحت مسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا
محدودين في قذف فعليه الحد لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته
إذ هو ليس من أهله قال وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي
بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن
الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه
إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في جميع
ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه
لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب
الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا وروى
الحسن عن أبي حنيفة رح أنه يأتي بلفظ المواجهة يقول فيما رميتك
به من الزنا لأنه أقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب أن
لفظة المغايبة إذا انضمت إليه الإشارة انقطع الاحتمال قال فإذا
التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر رح
تقع بتلاعنهما لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا أن ثبوت الحرمة
يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان فإذا امتنع
ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند
النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها هي طالق
ثلاثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة
ومحمد رح لأن فعل القاضي انتسب إليه كما في العنين وهو خاطب

إذا أكذب نفسه عندهما وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد
لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا نص على التأبيد و
لهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا
يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب
فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه
وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إني لمن
الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة
ولو قذفها بالزنا ونفى الولد ذكر في اللعان الأمرين ثم ينفي
القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه لما روي أنه عليه السلام نفى ولد امرأة
هلال بن أمية عن هلال وألحقه بها ولأن المقصود من هذا اللعان
نفي الولد فيوفر عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن أبي
يوسف أن القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب
الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره فإن عاد الزوج وأكذب نفسه
حده القاضي لإقراره بوجوب الحد عليه وحل له أن يتزوجها وهذا
عندهما لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو
التحريم وكذلك إن قذف غيرها فحد لما بينا وكذا إذا زنت
فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جانبها وإذا قذف امرأته وهي
صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان
أجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا إذا كان الزوج
صغيرا أو مجنونا لعدم أهلية الشهادة وقذف الأخرس لا يتعلق
به اللعان لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي
رح وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات
وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول أبي حنيفة
وزفر لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال أبو يوسف
ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو

معنى ما ذكر في الأصل لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف
قلنا إذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط كأنه قال
إن كان بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وإن
قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث
ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل **وقال** الشافعي
ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا
أن الأحكام لا تترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله و
الحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي وإذا نفى الرجل
ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع
آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وإن نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت
النسب **قال** أبو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس
لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما
بمدة النفاس لأنه أثر الولادة وله أنه لا معنى للتقدير لأن الزمان
للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله
التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضي ذلك
الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم
تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين **قال** وإذا ولدت
ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني ثبت نسبهما
لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لأنه أكذب نفسه
بدعوى الثاني وإن اعترف بالأول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما
ذكرنا ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والإقرار
بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال
هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هنا

باب العنين

وإذا كان الزوج عنينا أجله الحاكم سنة فإن
وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي

عن عمر وعلي وابن مسعود رض ولأن الحق ثابت لها في الوطء و
يحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية فلا بد
من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول
الأربعة فإذا مضت ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات
الإمساك بالمعروف ووجب التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب
القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها
وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج
فكأنه طلقها بنفسه **وقال** الشافعي رح هو فسخ لكن النكاح
لا يقبل الفسخ عندنا وإنما يقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم
عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها
كمال مهرها إن كان قد خلا بها فإن خلوة العنين صحيحة وتجب العدة
لما بينا من قبل هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها ولو اختلف
الزوج والمرأة في الوصول إليها فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع
يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة في الجبلة
ثم إن حلف بطل حقها وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكرا نظر إليها
النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه وإن قلن هي ثيب
يحلف الزوج فإن حلف لا حق لها وإن نكل يؤجل سنة وإن كان
مجبوبا فرق بينهما في الحال إن طلبت لأنه لا فائدة في التأجيل و
الخصي يؤجل كما يؤجل العنين لأن وطيه مرجو وإذا أجل العنين سنة
وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء فإن قلن هي بكر خيرت
لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وإن قلن هي ثيب حلف
الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول وإن حلف لا تخير وإن
كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فإن
اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان
حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح وتحتسب بأيام

الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه فيها
لأن السنة قد تخلو عنه وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج
وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص
والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا و
الطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الأسد
ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله
بهذه العيوب أولى وهذا لأن الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكين
وهو حاصل وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح لها الخيار دفعا للضرر
عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لأنه يتمكن من دفع الضرر
بالطلاق ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج
وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح
وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة
بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى
والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة إذا كانت بغير
طلاق فهي في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة
الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والأقراء
الحيض عندنا وعند الشافعي رح الأطهار واللفظ حقيقة فيهما إذ هو
من الأضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل
على الحيض أولى إما عملا بلفظ الجمع لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق
يوقع في طهر لم يبق جمعا أو لأنه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود أو
لقوله عليه السلام وعدة الأمة حيضتان فيلتحق بيانا به وإن كانت لا
تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائي يئسن
من المحيض من نسائكم الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية

وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات
الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وإن كانت أمة فعدتها حيضتان
لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ولأن
الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار
عمر رح بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وإن كانت لا تحيض
فعدتها شهر ونصف لأنه يتجزى فأمكن تنصيفه عملا بالرق وعدة
الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون أزواجا
يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وعدة الأمة شهران وخمسة
أيام لأن الرق منصف وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله
تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقال عبد الله بن
مسعود رح من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد التي
في سورة البقرة وقال عمر رح لو وضعت وزوجها على سريره
لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج وإذا ورثت المطلقة في المرض
فعدتها أبعد الأجلين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال
أبو يوسف ثلاث حيض ومعناه إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا أما إذا
كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع لأبي يوسف أن النكاح
قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وإنما تجب عدة
الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في
حق تغيير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه ولهما
أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع
بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا
الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح ما اعتبر
باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث الكافر فإن
أعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة
الحرائر لقيام النكاح من كل وجه فإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى

عنها زوجها لم يبطل عدتها لان زوال النكاح بالبينونة والموت وان
كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها
وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت على العادة لان
عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط
الخلفية تحقق الياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية
في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم آيست تعتد بالشهور
تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة
بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة
الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام
الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي
رح حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء
ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه
عمر رح فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض وان كانت ممن لا
تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن
امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة رح
ومحمد وقال ابو يوسف رح عدتها اربعة اشهر وعشر وهو
قول الشافعي رح لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث
بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن
ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال
قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن براءة الرحم لشرعها بالاشهر
مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي
وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور
فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة
الحمل فافترقا ولا تلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت
لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت نسب

الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق و
النكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في
حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة
مقدرة بثلث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة
فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه من الحيض
محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية
فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي
لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج
والخروج فلا يتداخل كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود في
التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فيتداخلان ومعنى
العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف
والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه
من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في
الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم
بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لان
سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت
وجود السبب ومشايخنا رح يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت
الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق
او عزم الواطي على ترك وطئها وقال زفر رح من اخر الوطآت
لان الوطي هو السبب الموجب ولنا ان كل وطي وجد في العقد الفاسد
يجري مجرى الوطية الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا
يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم لا يثبت العدة مع
جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة
الوطي لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت
المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين

لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع. واذا طلق
الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول
بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد عليه نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى
لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف
العدة واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لا
يظهر حاله التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه
كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة
بالوطئة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة
ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري
المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه
طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى
قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا
قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها و
كذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون
حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة
اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاح محارمهم
وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان
معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت
بسبب اخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل
وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن
ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد
حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت
النسب وعن ابي حنيفة رح انه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من
الزنا والاول اصح فصل قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها

زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله
عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت
فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة
فمذهبنا وقال الشافعي لا حداد عليها لانه وجب اظهارا
للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة
فلا تاسف بفوته ولنا ما روي ان النبي عليه السلام نهى المعتدة ان
تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على
فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة
اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها
والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل
والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من
وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرنا من اظهار التاسف و
الثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح
فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي
عليه السلام لم ياذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع
طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر
لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت
وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع و
كذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء
لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران لانه يفوح
منه رائحة الطيب ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع
ولا على صغيرة لان الخطاب موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها
مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف
المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته
وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانها

ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف ولاباحة الاصل ولا ينبغي ان
تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح
عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن
سرا الا ان تقولوا قولا معروفا قال النبي عليه السلام السر النكاح
وقال ابن عباس رح التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج وعن
سعيد بن جبير رح في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد
ان نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا
ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت
في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج
وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه
لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد الى ان
يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها
حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها
اسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل
الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه و
لهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها كان عليها ان تعود الى منزلها
فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى
يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجها
الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر
فيها الاعذار وصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط المنزل
او كانت فيها باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق
باين او ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به لانه معترف
بالحرمة الا ان يكون فاسقا يخاف عليها فحينئذ تخرج لانه عذر

ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان يخرج هو وان جعلا
بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل
فلتخرج والاولى خروجه **قال** واذا خرجت المرأة مع زوجها
الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها فان كان بينها وبين مصرها
اقل من ثلاثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بانشاء الخروج
معنى بل هو بناء وان كانت ثلاثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت
مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة ايام
ايضا لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج الا ان
الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج **قال**
الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد
ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة **وقال**
ابو يوسف ومحمد رح ان كان لها محرم لا بأس بان تخرج من
المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى الغربة
ووحشة الوحدة وهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت
بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمرأة
ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم
عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها
فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما
النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت
النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق
قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها
فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه
لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتأكد المهر به ويثبت نسب ولد
المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين واكثر ما لم تقر بانقضاء

العدة لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر
وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء العدة و
ثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا لانه
يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك
وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق
والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة
يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان
يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت
النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم
يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها
حرام قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان
وطيها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها
فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يثبت النسب
منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء
العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة معينة و
هو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق
اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة
طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين
شهرا لانه يجعل واطيا في اخر العدة وهي ثلاثة الاشهر ثم تاتي
به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان فان كانت الصغيرة ادعت الحبل
في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها حكم ببلوغها
ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين
وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة
اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور

لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة
الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف
الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ
وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد
لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل الاقرار
وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال
الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا
ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد بولادتها
رجلان او رجل وامراتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف
من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال
ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة لان الفراش
قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد
فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رحمه الله
ان العدة تنقضي بعدتها باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس
بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة
بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب
ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة
عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة
احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص
حقهم فيقبل تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا
اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة
الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في
حقهم باقرارهم وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط قال
واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم
تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه و

ان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج
او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت
بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن
لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف
وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه فان ولدت
ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي
منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد
ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف
فان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على
الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رح وقالا تطلق لان شهادتها
حجة في ذلك **قال** عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا
يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة يقبل فيما
يبتني عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رح انها ادعت الحنث فلا
يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة
فلا يظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر
بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رح وعندهما تشترط
شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة
فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة
ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة **قال**
واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رض الولد لا يبقى في البطن اكثر
من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله
وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة
اشهر والشافعي رح يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه
والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة
فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم

اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان
العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه
يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوته وهذا اذا كان
الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت
النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا
يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال لامته
ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي
ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة
بالاجماع ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت
انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه وفي النوادر جعل
هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب
كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة
وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان
المسألة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح
الصحيح هو المتعين لذلك عادة ووضعا ولو لم يعلم انها حرة
فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية
باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد
لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له
وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال
رسول الله انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر
على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رح
ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة
بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على
الاب لما نذكر ولا تجبر الام عليها لانها عست تعجز عن الحضانة

فان لم تكن له ام فام الام اولى وان بعدت لان هذه الولاية
تستفاد من قبل الامهات. فان لم تكن فام الاب اولى من الاخوات
لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر
شفقة للولاد. فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات و
الخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي
رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة
وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته
وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم
الاخت من الاب لان الحق من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات
ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات
قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت
من هؤلاء سقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا
يعطيه نذرا وينظر اليه شزرا فلا نظر **قال** الا الجدة اذا
كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذلك كل زوج
هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة و
من سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع
قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من اهله فاختصم فيه الرجال
فاولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب
في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة
وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل
وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع
الصغير حتى يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده
والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه
انه اذا استغنى يحتاج الى التادب والتخلق بآداب الرجال و
اخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف والخصاف قدر

الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية
حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء و
المرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ
والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رح انها تدفع الى الاب
اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام و
الجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى
تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤجرها للخدمة فلا
يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا **قال**
والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق
الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق
في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية
احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او تخاف ان يالف الكفر
للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية
وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا
انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا
يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رض لم يخيروا واما الحديث فقلنا
قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه
او يحمل على ما اذا كان بالغا

فصل

واذا ارادت المطلقة
ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب
الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم
المقام فيه عرفا وشرعا **قال** عليه السلام من تاهل ببلدة
فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا وان ارادت الخروج الى مصر
غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس
لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان
لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب

البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه
الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا
وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود
النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا
بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا
الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية الى المصر لا بأس به
لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه
ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد
فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت
نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل فيه
قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع
ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس
فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله
القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فيستوي
فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال
رح وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا
موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار
وان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات
وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج و
هو قول الشافعي رح لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه
الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال
زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان
النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات

فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه
والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب
وبه تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رح انه على
الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى الوسط مد ونصف لان ما
وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها
حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس
لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود
الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس
فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان
الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطي كرها وان كانت صغيرة
لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها و
الاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم
يوجد بخلاف المريضة على ما نبين ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رح
لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك
اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض
واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج صغيرا لا يقدر
على الوطي وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لان التسليم تحقق منها
وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المرأة
في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم
يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها
فذهب بها وعن ابي يوسف رح ان لها النفقة والفتوى على الاول
لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت
مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف رح ان لها النفقة
لان اقامة الفرض عذر ولكن يجب عليه نفقة الحضر دون السفر
لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج يجب النفقة بالاتفاق

لان الاحتباس قائم لقيامه عليها ويجب نفقة الحضر دون السفر
ولا يجب الكراء لما قلنا. وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة
والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت
الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاحتباس قائم فانه
يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فاشبه الحيض
وعن ابي يوسف رح انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت يجب النفقة
لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا يجب لان التسليم لم يصح قالوا
هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه. ويفرض على الزوج
النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها. والمراد بهذا بيان نفقة
الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ ويفرض على الزوج اذا كان
موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا من
تمامها اذ لا بد لها منه. ولا يفرض لاكثر من خادم واحد وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يفرض لخادمين
لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الاخر لمصالح الخارج
ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه
لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام
نفسه. وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم
المعسر من نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب
اذا كان موسرا اشارة الى انه لا يجب نفقة الخادم عند اعساره
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وهو الاصح خلافا لما قاله محمد
رح لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة
نفسها. ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني
عليه. وقال الشافعي رح يفرق لانه عجز عن الامساك
بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة
بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها

يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض
القاضي فيستوفي في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا
يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان
يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير
امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج. واذا قضى القاضي
لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان
النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار وما قضى به تقدير
لنفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها. واذا مضت
مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان
يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدارها
فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على
ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب
الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته
على نفسها اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض. وان مات
الزوج بعد ما قضى القاضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت
النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط
بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رح
تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار
كسائر الديون وجوابه قد بيناه. وان اسلفها نفقة السنة ثم مات
لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي
رح وعلى هذا الخلاف الكسوة ولانها استعجلت عوضا عما تستحقه
بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره
ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد
الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك

لا يسترد منها شي بالاجماع وعن محمد رح انها اذا قبضت نفقة
الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شي لانه يسير فصار في حكم
الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه
اذا تزوج باذن مولاه لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد
ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في
العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة
فلو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة ولو تزوج
الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق
الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة
ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد
التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة
على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها
لا يسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة
وام الولد في هذا كالامة **فصل** وعلى الزوج ان
يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار
ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله
تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها ليس له ان يشرك
غيرها لانها تتضرر به فانها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من
المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار ذلك لانها رضيت
بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها ليس له ان يسكنه معها
لما بينا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان
المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها
الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا
يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من
قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول و

الكلام

بنسخ الاصل

الكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللباث وتطويل
الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول
عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو
الصحيح واذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية
فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار
ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر
بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تأخذ
من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في
حق نفسه لا سيما هنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المرأة
فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم
في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا
اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا
كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة اما
اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع
ولا يباع مال الغائب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رح فلانه لا يباع
على الحاضر فكذا على الغائب واما عندهما ان كان يقضي على الحاضر
لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لانه لا يعرف امتناعه **قال**
ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما استوفت النفقة
او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث
اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم وارثا آخر
حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة رح لان هناك المكفول له
مجهول وهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة
نظرا للغائب ولا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء والوجه
الفرق وهو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان
لهم ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم

فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا
يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على
الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها
على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في
ذلك قضاء على الغائب **وقال** زفر رح يقضي لان فيه
نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت
حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد
ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم
على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد
فيه وفي هذه المسألة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها **فصل**

واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او
بائنا **وقال** الشافعي رح لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا
اما الرجعي فلان النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له
الوطء واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت
طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله سكنى ولا نفقة ولانه
لا ملك وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب على المتوفى عنها زوجها
لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله
تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الاية ولنا ان النفقة
جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح
وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان
لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة
رضي الله عنها رده عمر رض فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة
نبينا بقول امرأة لا ندري اصدقت ام كذبت حفظت ام نسيت
سمعت رسول الله يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت
في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر و

عائشة رض ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق
الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى
التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض
فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له
بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل فرقة جاءت
من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة
لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة
بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء
وبخلاف ما اذا كانت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق
وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق
وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست لاستيفاء المهر وان طلقها
ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن
زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان
الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا
ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس
فلهذا يقع الفرق **فصل** ونفقة الاولاد الصغار على
الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن الاية والمولود له هو الاب وان كان الصغير
رضيعا فليس على الام ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب
واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا
معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى ولا تضار والدة بولدها
بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم و
ذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد من
ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع **قال**
ويستأجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر

عليه وقوله عندها معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها. وإن
استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز لأن
الإرضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن
أولادهن إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها فإذا أقدمت عليه
بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ
الأجر وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في
المبتوتة في رواية وفي رواية أخرى جاز استئجارها لأن النكاح
قد زال وجه الأول أنه باق في حق بعض الأحكام. ولو استأجرها
وهي منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز لأنه غير
مستحق عليها. وإن انقضت عدتها فاستأجرها يعني لإرضاع
ولدها جاز لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية.
فإن قال الأب لا أستأجرها وجاء بغيرها فرضيت الأم بمثل أجرة
الأجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق به لأنها أشفق فكان
نظرا للصبي في الدفع إليها. وإن التمست زيادة لم يجبر الزوج
عليها دفعا للضرر عنه وإليه الإشارة في قوله تعالى لا تضار
والدة بولدها ولا مولود له بولده أي بإلزامه لها أكثر من
أجرة الأجنبية. ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في
دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته في دينه أما
الولد فلإطلاق ما تلونا ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه وأما
الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح فإنه بإزاء الاحتباس الثابت
به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجبت
النفقة وفي جميع ما ذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن
للصغير مال أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في مال
نفسه صغيرا كان أو كبيرا. **فصل** وعلى الرجل أن ينفق
على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه

أما الأبوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت
في الأبوين الكافرين وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله و
يتركهما يموتان جوعا. وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء
والأمهات ولهذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ولأنهم تسببوا
لإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بمنزلة الأبوين وشرط الفقر
لأنه إذا كان ذا مال فإيجاب نفقته في ماله أولى من إيجابها في
مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا. ولا تجب النفقة
مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات و
الولد وولد الولد. أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد
لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة وأما غيرها
فلأن الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه
بكفره لا تمتنع نفقة جزئه إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم
على المسلم وإن كانوا مستأمنين لأنا نهينا عن المبرة في حق من
يقاتلنا في الدين. ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم وكذا لا تجب
على المسلم نفقة أخيه النصراني لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص
بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث
ولأن القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام
ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الأعلى
أصل العلة وفي الأدنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا. ولا يشارك
الولد في نفقة أبويه أحد لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص
ولا تأويل لهما في مال غيره ولأنه أقرب الناس إليهما فكان أولى
باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر
الرواية وهو الصحيح لأن المعنى يشملهما. **فصل** والنفقة
لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيرا فقيرا أو كانت امرأة بالغة
فقيرة أو كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا أو أعمى لأن الصلة في القرابة القريبة

واجبة دون البعيدة والفاصل أن يكون ذا رحم محرم وقد قال
الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث
ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والأنوثة
والزمانة والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز فإن القادر على
الكسب غني بكسبه بخلاف الأبوين لأنه يلحقهما تعب الكسب والولد
مأمور بدفع الضرر عنهما فيجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب
قال ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لأن
التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولأن الغرم بالغنم
والجبر لإيفاء حق مستحق قال وتجب نفقة الابنة البالغة
والابن الزمن على أبويه أثلاثا على الأب الثلثان وعلى الأم
الثلث لأن الميراث لهما على هذا المقدار قال
رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن رحمهما الله وفي ظاهر
الرواية كل النفقة على الأب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الأولى أنه اجتمعت
للأب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص
بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الأم وفي
غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الأم و
الجد أثلاثا ونفقة المعسر على الأخوات المتفرقات الموسرات أخماسا
على قدر الميراث غير أن المعتبر أهلية الإرث لا إحرازه فإن المعسر
إذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه
ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الإرث ولا بد
من اعتباره ولا تجب على الفقير لأنها تجب صلة وهو يستحقها على غيره
فكيف يستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لأنه التزمها
بالإقدام على العقد إذ المقاصد لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها
الإعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن أبي يوسف رح

وعن

وعن محمد رح أنه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا أو بما
يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لأن المعتبر في حقوق العباد
إنما هو القدرة دون النصاب فإنه للتيسير والفتوى على الأول لكن
النصاب نصاب حرمان الصدقة وإذا كان للابن الغائب مال قضي
فيه بنفقة أبويه وقد بينا الوجه فيه وإذا باع أبوه متاعه في نفقته
جاز عند أبي حنيفة رح وهذا استحسان وإن باع العقار لم يجز و
في قولهما لا يجوز ذلك كله وهو قياس لأنه لا ولاية له لانقطاعها
بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له
سوى النفقة وكذا لا تملك الأم في النفقة ولأبي حنيفة أن للأب
ولاية الحفظ في مال الغائب ألا يرى أن للوصي ذلك فالأب
أولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار
لأنها محصنة بنفسها وبخلاف غير الأب من الأقارب لأنه لا ولاية
لهم أصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر وإذا جاز
بيع الأب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو
باع العقار والمنقول على الصغر جاز لكمال الولاية ثم له أن يأخذ
منه بنفقته لأنه جنس حقه وإذا كان للابن الغائب مال في يد أبويه
فأنفقا منه لم يضمنا لأنهما استوفيا حقهما لأن نفقتهما واجبة قبل
القضاء على ما مر وقد أخذا جنس الحق وإن كان له مال في يد
أجنبي فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن لأنه تصرف في مال
الغير بغير ولاية لأنه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما إذا أمره
القاضي لأن أمره ملزم لعمومه ولايته وإذا ضمن لا يرجع على القابض
لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه كان متبرعا فيه وإذا قضى القاضي
للولد والوالدين وذوي الأرحام بالنفقة فمضت مدة سقطت
لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد
حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي

لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال
إلا أن يأذن القاضي في الاستدانة عليه لأن القاضي له ولاية
عامة فصار إذنه كأمر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط
بمضي المدة **فصل** وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده لقوله
عليه السلام في المماليك إنهم إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم أطعموهم
مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فإن امتنع
وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا لأن فيه نظرا للجانبين حتى يبقى
المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك وإن لم يكن لهما كسب بأن
كان العبد زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها أجبر المولى على بيعهما
لأنهما من أهل الاستحقاق وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق
المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لأنها تصير دينا فكان تأخيرا
على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فيكون إبطالا وبخلاف
سائر الحيوانات لأنها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على
نفقتها إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله لأنه عليه السلام نهى عن
تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته
وعن أبي يوسف رحه أنه يجبر والأصح ما قلنا **كتاب**
العتاق الإعتاق تصرف مندوب إليه قال عليه السلام أيما
مؤمن أعتق مؤمنا أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا
استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة
الأعضاء بالأعضاء **قال** العتق يصح من الحر البالغ
العاقل في ملكه شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك
ولا ملك للمملوك والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله لكونه ضررا
ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لأن المجنون ليس بأهل
للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله
وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود

الإسناد إلى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه
فهو حر إذا احتلمت لا يصح لأنه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد
أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه
السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وإذا قال لعبده أو أمته أنت
حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو أعتقتك فقد عتق
نوى به العتق أو لم ينو لأن هذه الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة
فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وإن كان في الإخبار
فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق و
البيع وغيرهما ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل
صدق ديانة لأنه يحتمله ولا يدين قضاء لأنه خلاف الظاهر و
لو قال له يا حر يا عتيق يعتق لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار
المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف
فيه وأنه يثبت من جهته فيقضى بثبوته تصديقا له وسنقرره إن شاء الله
إلا إذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما
لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق
وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف و
كذلك لو قال رأسك حر أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال
لأمته فرجك حر لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد
مر في الطلاق وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسنبين
الخلاف فيه إن شاء الله وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن
الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحه والكلام
فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك
ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد بقوله
لا ملك لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما
مرادا إلا بالنية **قال** وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله

خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت
سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع
والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك
لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله
بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال
لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لأن السلطان عبارة
عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد
كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء
الملك لأن للمولى على المكاتب سبيله فلهذا يحتمل العتق ولو قال
هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة إذا كان يولد مثله لمثله
فإن كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم إن لم يكن للعبد نسب
معروف ثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد
محتاج إلى النسب فيثبت منه وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب
إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه
للتعذر ويعتق إعمالا للفظ في مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته
ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي
أو يا مولاي عتق أما الأول فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر
وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه
تعين الأسفل فصار كاسم خاص له وهذا لأن المولى لا يستنصر
بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الأول والثاني و
الثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والإضافة إلى العبد تنافي كونه
معتقا فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح وكذا إذا قال لأمته
هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب
يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته
الظاهر وأما الثاني فلأنه لما تعين الأسفل مرادا التحق بالصريح

وبالنداء بلفظه الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق فكذا النداء
بهذا اللفظ **وقال** زفر رح لا يعتق في الثاني لأنه يقصد
به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته
وقد أمكن العمل به بخلاف ما ذكر لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق
فكان إكراما محضا ولو قال يا ابني أو يا أخي لم يعتق لأن النداء
لإعلام المنادى إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان
لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص
كما في قوله يا حر على ما بيناه وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته
من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره و
البنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء
غيره لا يكون ابنا له بهذا فكان لمجرد الإعلام ويروى عن أبي حنيفة
رح شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن
لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه وكذا لو قال يا بني أو يا بنية
لأنه تصغير الابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر ولو قال
لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رح وقالا لا يعتق
وهو قول الشافعي لهم أنه كلام محال فيرد ويلغو كقوله أعتقتك
قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولأبي حنيفة رح أنه محال لحقيقته لكنه
صحيح لمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوة في
المملوك سبب لحريته إما إجماعا أو صلة للقرابة وإطلاق السبب
وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولأن الحرية ملازمة للبنوة
في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف
فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في
المجاز فتعين الإلغاء وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك
فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه
وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوبه

مال مخصوص وهو الارث وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى
وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما
امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية لا تختلف ذاتا و
حكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد
لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي
قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا
يوجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه
فتعذر ان يجعل مجازا عن موجبه بخلاف الابوة والبنوة لان لهما
موجبا في الملك من غير واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر
الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو
قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان
المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم
فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح ولو قال لامته انت طالق او بائن
او تخمري ونوى به العتق لم يعتق وقال الشافعي رح
تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية
على ما قاله مشايخه له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين
موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين او ملك اليمين فظاهر وكذا
ملك النكاح في ملك حكم العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت
مبطل له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح
التعليق فيه بالشرط اما الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه
مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا
عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات
القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات
وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان
قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء

ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه
اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا
امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل
الحر لا يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع
الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من
النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك
راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راسك راس حر
عتق لانه اثبات الحرية اذ الراس يعبر به عن جميع البدن
ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول
الله عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر و
اللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا او غيره
والشافعي رح يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة
المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة
عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكا
على المكاتب في غير الولاد فلم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك
قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل
والولاد ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجب
النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما او
كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن
يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق
والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد
الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي حنيفة رح
انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما فلنا ان نمنع وهذا بخلاف
ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت
بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق

الغرب عليهما عند المالك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة
ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود
ركن الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول
زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الاخرين وعتق المكره والسكران
واقع لصدوره من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه
من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق فاما
الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رح وقد بيناه في كتاب
الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق
بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا
مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين
هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم
ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو
اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا
لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق
الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه شرط في الهبة
والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء من
ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال
صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية
عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط
بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام
الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى
مدة الحمل **قال** وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق
من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض له فيه لان ولد
الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب
الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة

والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به
وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية
كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية
قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق
يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول
الشافعي رحمه الله فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا
يعتق كله لهما ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها
بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان
فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة
رح ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك
لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف
ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان
التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة
عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل و
تجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة
المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية
في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله
مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان
يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه
اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل الفسخ
بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق
والعفو حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد
متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة

لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد و
اذا كان العبد بين الشريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان
موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة
نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد
والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان
المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد
والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ليس له
الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على
العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتني على حرفين احدهما تجزي
الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية
عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلم في الرجل يعتق
نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر قسم
والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد
فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ
غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الاخر موسرا كان
او معسرا لما قلنا. فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم
المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب
الاخر لا يسار الغنى لان به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما
قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج
على ما قالا ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم
السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من
جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق لقيام
ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جاني
عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى
الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على

العبد

العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك
بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير
كان الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان
شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه
بالضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان
شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته
ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى
لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته
بخلاف العبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة
قد فكت ويقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي
رح في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على
ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا
الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق
الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه
لا يفتقر الى الجناية بل تبتني على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع
بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد
ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد
منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رح وكذا
اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم
ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عند ابي حنيفة رح
وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه
ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه
مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار و
الاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا
يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الاخر

وهو السعاية والولاء لهما لأن كل منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي و

قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم يثبت لإنكار الآخر والبراءة قد يثبت لإقراره على نفسه وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه إذ المعتق معسر وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر إن دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح و

قال محمد رح يسعى في جميع قيمته لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هنا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان وثاني التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لأحدهما لم يعتق

واحد منهما لأن المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتاق لما مر ولا ضمان عليه علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم وكذلك إذا ورثاه فالشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا وإن كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية وعلى هذا إذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب لأنه ما رضي بإفساد نصيبه وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند أبي حنيفة رح لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رح وقالا يضمن إن كان موسرا ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه وإذا كان العبد بين

ثلاثة نفر دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا
الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن
المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي
قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه
فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد
افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر او يعتق
او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه
باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع
به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه
وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر و
اعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان
معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا و
امكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت
التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عنده ذلك مكاتب او حر على
اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال
فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد
عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا
قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت
لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في
حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث
للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير
متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكيه لما بينا
فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد

بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر

قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها
ام ولد لصاحبه وانكر الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر
عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها
ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار
المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه
اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فيمتنع الخدمة ونصيب
المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني
اذا اسلمت ولابي حنيفة رح ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها
للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو
النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن
جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد
يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل
المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية
ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل
تبتنى عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما انها
منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم بامتناع
بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا
اسلمت عليها السعاية وهذا آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها
قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف
المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاستخدام باقيان
ولابي حنيفة رح ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم
والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف
المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة

بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله
في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم و
في المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده
فافترقا وفي ام الولد تقضي ان قضينا بتكاتبهما عليه دفعا للضرر
من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

باب

عتق احد العبدين ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال
احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدكما حر ثم مات ولم
يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه ونصف كل
واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف رح **وقال**
محمد رح كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه اما الخارج
فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد
عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كل واحد
منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان
الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق
نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في
نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي
فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني
يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف
فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد يقول
لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه
الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما و
قضيته التنصيف وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه
النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل
فيثبت فيه النصف فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على
هذا وشرح ذلك ان نجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما
لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول
يعتق من الثابت ثلاثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان
فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها
الثلث فلا بد ان نجعل سهام الورثة ضعف ذلك فنجعل كل رقبة
على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى
في اربعة ومن الآخرين من كل واحد سهمان ويسعى في خمسة فاذا
تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رح يجعل كل
رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام
العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر والباقي بحاله
ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج
قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة
اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رح خاصة و
عندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق
وتمام تفريعها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر فباع
احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم
يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من
كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن
وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم
فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين و
لا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط
الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا
والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف والهبة والتسليم
والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذا لو قال لامرأتيه
احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما قلنا وكذا لو وطئ احديهما
لما بينا ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم وطئ احديهما لم تعتق الاخرى

عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك واحدهما
حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى
لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان
الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا
ولهذا حل وطؤهما على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق
غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر
في حق حكم يقبله والوطء يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان
المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل
على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود
من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء ومن
قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت
غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف
الجارية والغلام عبد لان كل واحد منهما تعتق في حال وهو ما
اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا
لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت
الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف
اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان
الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله
مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان
نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة
لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت
الجارية كبيرة لم تدع شيئا والمسألة بحالها عتقت الام بنكول المولى
خاصة لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة
النكول تبتنى على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت
الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة

يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف
على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر
يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى [illegible]

واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة
عند ابي حنيفة رح الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق
وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان
يطلق احداهن وهذا بالاجماع ابو يوسف و
محمد رح الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة
على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة وعندهما
تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير
دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا
عنده لا تتحقق في مسألة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق
فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل وان انعدم الدعوى
اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها
ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي
حنيفة رح وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانها لا تشترط
الدعوى لما انه تضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم
لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرنا فصار كالشهادة على عتق
احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه
اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على
تدبيره في صحته او في مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد
وفاته تقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا
العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو
معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع
بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد

موته لأنه قال في صحته أحدكما حر فيه ثم لا يقبل لأنه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

باب اليمين في العتق

ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت إلا أنه أسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعدا ظاهر لأن اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للأم لا مقصودا ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي ملكه يوم حلف لأن قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة سين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي حر بعد موتي

وله مملوك فاشترى آخر فالذي كان عنده مدبر والآخر ليس بمدبر وإن مات عتقا من الثلث وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة ألا يرى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها والإيجاب إنما يصح مضافا إلى الملك أو إلى سببه فمن حيث إنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث إنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المترقبة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال لأنا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية وإنما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فإذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من

النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال
بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام
والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف
لانها يسيرة قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار
ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الى الف درهم فانت
حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا
لانه صريح فى تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة
فى الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا
لانه رغبه فى الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون
التكدى فكان اذنا له دلالة واذا احضر المال اجبر الحاكم على
قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفى سائر الحقوق انه ينزل
قابضا بالتخلية قال زفر رح لا يجبر على القبول وهو
القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا
لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط
الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه
معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة
نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال
فينال العبد شرف الحرية والمولى المال عقابلته بمنزلة الكتابة
ولهذا كان عوضا فى الطلاق فى مثل هذا اللفظ حتى كان باينا
فجعلنا تعليقا فى الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى
حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسرى الى
الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة فى الانتهاء عند الاداء
دفعا للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور
الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض
يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا

حط البعض وادى الباقى ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع
المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه
لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء فى قوله ان اديت تقتصر
على المجلس لانه تخيير وفى قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل
للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتى على الف درهم
فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما
اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على
الف درهم حيث يكون القبول اليه فى الحال لان ايجاب التدبير فى
الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق فاذا قبل يعتق فى مسئلة الكتاب
وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل
للاعتاق وهذا صحيح ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين
فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه فى ماله
عند ابى حنيفة وابى يوسف رح قال محمد رح عليه قيمة
خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة فى مدة معلومة
عوضا فتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمته اربع
سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا
مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى وهو ان من باع نفس
العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت رجع المولى
على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهى معروفة
ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق
يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار
نظيرها ومن قال لاخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها
ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شئ على الامر لان من قال
لغيره اعتق عبدك على الف درهم على ففعل لا يلزمه شئ ويقع
العتق عن المامور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف
درهم على ففعل حيث يجب الالف على الامر لان اشتراط البدل على

الاجنبي في الطلاق يجوز وفي العتق لا يجوز وقد ذكرناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال اعتق تضمن الشرى اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شرى وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه ولم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر المثل كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه وهبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة

قال الشافعي رح يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تأخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك

قال وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها

لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث المال لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى انه لو لم يكن مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى في جميع قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رض وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردده في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن المميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز

البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا
اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب
فيعتبر باصله قال وله وطيها واستخدامها واجارتها و
تزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها
الا ان يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه و
ان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه
اكثر افضاء اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون
الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من
غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة
الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار
معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد
مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة بعقد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله
لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث
لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك ابطاله
بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان وطيها
وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان
الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا
الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه روايتان
اخريان عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المنتهى
وان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى
الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب
يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد
ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه
ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير ام ولد له لاقراره
واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان

اخريان نسخه

النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا
يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة
والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد
الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها
ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق
بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت
ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا
تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رح تعتق في الحال
والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام
فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت
واجب وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق
ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها
بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا
لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة
تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك
وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي
لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب
المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له
ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة
لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد
له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو استولدها
بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان
وهو ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا
علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار
علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والكل لا يخالف الجزء

والجزء لا يخالف الكل ولنا ان النسب هو الجزء وفيه على ما ذكرناه من
قبل والجزء فيه انما يثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد
منهما كملا وقد ثبت النسب فيثبت الجزئية بمنع الواسطة بخلاف
الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه
لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا
يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا
وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له
وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة
بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة
الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد و
اذا وطئ ابو الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد
حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد كما ثبت من الاب
لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه
قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه
احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه
ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق
اذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد
عندهما لا يتجزى وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك
نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك
نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه
وطئ جارية مشتركة اذ الملك ثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك
في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك
هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطيا ملك
نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت
العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك وان ادعياه معا ثبت

نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما قال الشافعي
رح يرجع الى قول القائف لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا
ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول
الله بقول قائف في اسامة بن زيد رضي الله عنه ولنا كتاب عمر
رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا
لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان
ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي رح مثل ذلك ولانهما
استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان
لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في
حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان
ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين ابا الاخر او كان احدهما
مسلما والاخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي
حق الاب وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلم
فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رضي الله عنه
وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به قال
وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما نصف العقر
قصاصا بما له على الاخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن
كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث
اب واحد لاستوائهما في النسب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ
المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب
ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا
بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى
لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه
فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه
لا يتقدمه الملك لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما

لما نذكره ان شاء الله تعالى قال وقيمة ولدها لانه في
معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه
فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له
لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب
في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت
نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين
منعقدة ويمين لغو فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد
الكذب فيه فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من
حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة و
الاستغفار وقال الشافعي رح فيها الكفارة لانها
شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد
بالله كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة
حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف
المعقودة لانها مباحة ولو كان فيه ذنب فهو متاخر متعلق باختيار
مبتدا وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على
امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث في ذلك لزمته الكفارة
لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا و
يمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر
بخلافه فهذه اليمين نرجوا ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو
ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل
فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم
الاية الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال
والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله
عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين
والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء
الله تعالى ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان
الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو
مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع
الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم
اخر من اسماء الله كالرحمن الرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها
عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى
اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله تعالى وصفاته فصلح
ذكره حاملا ومانعا قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون
يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اغفر علمك
فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا و
كذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها
اثرها وهو المطر والجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن
حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من
كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقران لانه
غير متعارف قال رضي الله عنه معناه ان يقول والنبي
والقران اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما
كفر قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو كقوله
والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في
الايمان مذكور في القران وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله
لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب
لانتزاع حرف خافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف
وكذا اذا قال لله لان الباء تبدل بها قال الله تعالى امنتم له امنتم به

قال أبو حنيفة رحمه الله وعنه رواية أخرى أنه يكون
يمينا إذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد وإحدى
الروايتين عن أبي يوسف وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينا لأن
الحق من صفات الله وهو حقيته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به
متعارف ولهما أنه يراد به طاعة الله إذ الطاعات حقوقه فيكون
حلفا بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون
يمينا لأن الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو
قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو
أشهد بالله فهو حالف لأن هذه الألفاظ مستعملة في الحلف و
هذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا
في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول
الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع
وبغيره محظور فصرف إليه ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية وقيل لا بد
منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوكند
مى خورم بخداى يكون يمينا لأنه للحال ولو قال سوكند خوردم قيل
لا يكون يمينا ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم
التعارف وكذا قوله لعمر الله وايم الله لأن عمر الله بقاء الله وايم الله
معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو و
الحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لأن العهد
يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد
وكذا إذا قال علي نذر أو نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا
ولم يسم فعليه كفارة يمين وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو
نصراني أو كافر يكون يمينا لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد
اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا
كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس

ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لأنه تنجيز معنى فصار كما إذا
قال هو يهودي والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين
وإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لأنه رضي بالكفر حيث
أقدم على الفعل وإن قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخطه
فليس بحالف لأنه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولأنه
غير متعارف وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو
شارب خمر أو آكل ربا لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ والتبديل
فلم يكن في معنى حرمة الاسم ولأنه ليس بمتعارف

فصل في الكفارة

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما
يجزئ في الظهار وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما
زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام
في كفارة الظهار والأصل فيه قوله تعالى فكفارته إطعام عشرة
مساكين الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الأشياء الثلاثة
قال فإن لم يقدر على أحد الأشياء الثلاثة صام ثلاثة
أيام متتابعات وقال الشافعي رح يتخير لإطلاق
النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي
كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب بيان أدنى الكسوة مروي
عن محمد رح وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن أدناه ما يستر
عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لأن لابسه يسمى
عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار
القيمة وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي
رح يجزيه بالمال لأنه أداها بعد السبب وهو اليمين فأشبه التكفير
بعد الجرح ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية واليمين ليست
بسبب لأنه مانع غير مفض بخلاف الجرح لأنه مفض ثم لا يسترد من
المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي

أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن يحنث ويكفر عن يمينه لقوله
عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي
هو خير ثم ليكفر يمينه ولأن فيما قلناه تفويت البر إلى جابر وهو
الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده. وإذا حلف الكافر ثم حنث في
حال الكفر أو بعد إسلامه فلا حنث عليه لأنه ليس بأهل لليمين لأنها
تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو أهل
للكفارة لأنها عبادة. ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما
وعليه إن استباحه كفارة يمين وقال الشافعي رحمه الله
لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به
تصرف مشروع وهو اليمين ولنا أن اللفظ ينبئ عن إثبات الحرمة
وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره بإثبات موجب اليمين فيصار
إليه ثم إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث ووجبت الكفارة و
هو المعنى من الاستباحة المذكورة لأن التحريم إذا ثبت تناول كل
جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن
ينوي غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلا مباحا
وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح ووجه الاستحسان أن المقصود
هو البر ولا يحصل مع اعتبار العموم وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى
الطعام والشراب للعرف فإنه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول
المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم وإذا نواها كان إيلاء
ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية
ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة
الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف
واختلفوا في قوله هرچه بردست راست كيرم بروي حرام أنه هل
يشترط النية والأظهر أنه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن
نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء لقوله عليه السلام من نذر و

سمى فعليه الوفاء بما سمى وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط
فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث ولأن المعلق بالشرط
كالمنجز عنده وعن أبي حنيفة رح أنه رجع عنه وقال إذا قال
إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة ما أملكه أجزأه
من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء
بما سمى أيضا وهذا إذا كان شرطا لا يريد كونه لأن فيه معنى
اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل إلى أي الجهتين
شاء بخلاف ما إذا كان شرطا يريد كونه كقوله إن شفى الله
مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح قال
ومن حلف على يمين وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه
لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد بر في
يمينه إلا أنه لا بد من الاتصال لأنه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع
في اليمين

باب اليمين

في الدخول والسكنى ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة أو المسجد
أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث لأن البيت ما أعد للبيتوتة وهذه
البقاع ما بنيت لها وكذا إذا دخل دهليزا أو ظلة باب الدار لما
ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو
أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لأنه يبات فيه عادة
وإن دخل صفة حنث لأنها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الأوقات
فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط
أربعة هكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على إطلاقه فهو
هو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف
لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث
لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار
غامرة وقد شهدت أشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها

غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا
يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا
ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا
او بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه و
كذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار
به وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار
صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت
الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف
فيه وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام و
من حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من
الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد
وقيل في عرفنا لا يحنث **قال** وكذا اذا دخل دهليزها
يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في
طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب
لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل
هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا
والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان
ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو
حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا
اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته وحلف
لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته و
قال زفر رح يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين
تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث
لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب
لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه يقال

دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء الخالص صدق
لانه محتمل كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج ومتاعه واهله
فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه
فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن سكة
كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف
البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا
في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في
الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة رح لا بد من نقل كل المتاع
حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء
منه **وقال** ابو يوسف رح يعتبر نقل الاكثر لان نقل
الكل قد يتعذر **وقال** محمد رح يعتبر نقل ما تقوم به
كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن
وارفق بالناس وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبر
فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات
ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول
في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل
المامور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت فان اخرجه
مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه
لا بامره لم يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف
لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث
لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو
حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج
على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل

الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن
الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب
اليها قيل هو كالاتيان وقيل هو كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن
الزوال ولو حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في
آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ولو حلف ليأتينه
غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره
في الجامع الصغير قال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان
ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث وان عنى استطاعة
القضاء دين فيما بينه وبين الله وهذا لان حقيقة الاستطاعة
فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب
في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة
لانه حقيقة كلامه ثم قيل تصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه
خلاف الظاهر ولو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها
مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن
في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه
داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء
لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال الا ان آذن لك
فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان
هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ولو
ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم
خرجت لم يحنث وكذلك اذا اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر
ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور و
تفرد ابو حنيفة رح باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك
الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس
فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فرجع الى منزله فتغدى

لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف
الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه
زاد على حرف الجواب فيجعل مبتديا ومن حلف لا يركب دابة فلان
فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند
ابي حنيفة رح الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى
لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او
لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف
الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا
وله مال الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية و
قال ابو يوسف رح في الوجوه كلها يحنث اذا نواه
لاختلال الاضافة وقال محمد رح يحنث وان لم ينو
لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف
اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح
مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث
بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر
فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب
او من هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لان صفة البسورة
والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن
مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف
لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران
المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي داعيا في الشرع ومن
حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث لان
صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر

اشتراعا عن لحم الكبش. ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث
لانه ليس ببسر. ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا او حلف لا ياكل
رطبا ولا بسرا فاكل بسرا مذنبا حنث عند ابي حنيفة رح وقالا لا
يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب
لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا فصار
كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه
قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب
وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع
القليل فيه الكثير. ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة
بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع
ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان
كل واحد منهما مقصودا فصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا
ياكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون
الشراء لما قلنا. ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث و
القياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان
التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه في
الماء. وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه
حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا
لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في
عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما. ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما
لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث في شحم الظهر
ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار
وله انه لحم حقيقة الا يرى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله
وتحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا
يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما بالفارسية

اسم بيه لا يقع على شحم الظهر بحال. ولو حلف لا يشتري او لا ياكل
لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى
لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم. ولو حلف لا ياكل من هذه الحنطة
لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة
رح وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي
حنيفة رح ان له حقيقة مستعملة فانها تقلى وتغلى وتؤكل قضما
وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها
حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه
في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضا. ولو حلف لا
ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول
فانصرف الى ما يتخذ منه. ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين
المجاز مرادا. ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاده اهل المصر اكله
خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا
نواه لانه محتمله. ولو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه هو المعتاد
في غالب البلدان. ولو اكل من خبز القطائف لم يحنث لانه غير معتاد
عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث. ولو
حلف لا ياكل شواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به
اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض وغيره
لمكان الحقيقة. وان حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا
استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص
هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان
فيه تشديدا عليه وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه
يسمى طبيخا. ومن حلف لا ياكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير
ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل
رأسا فهو على رؤوس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقالا على الغنم

خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما و
في زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما
هو المذكور في المختصر واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا
او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او
مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا حنث في العنب و
الرمان والرطب ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل
الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد فالرطب واليابس
فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ
وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود
في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما
واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان معنى التفكه موجود
فيهما فانها اعز الفواكه والتنعم بها فوق التنعم بغيرها وابو حنيفة
رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب
قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس
منها من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا ياتدم فكل شيء اصطبغ
به فهو ادام والشواء ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح ما يوكل مع الخبز غالبا
فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف رح لان الادام من المؤادمة
وهي الموافقة وكل ما يوكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه
ولهما ان الادام ما يوكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون
قائما فيه وفي ان لا يوكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج
ايضا والخل وغيره من المائعات لا يوكل وحدها بل يشرب والملح
لا يوكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم و
ما يضاهيه لانه يوكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب
والبطيخ ليس بادام هو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من

طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان
ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء في
الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من
السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به
الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلد في حقهم ويشترط ان يكون
اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي
حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء
وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير ملفوظ
تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان
لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء
خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه
خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة
فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا اذا شرب باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم ولابي حنيفة ان كلمة من
للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا
فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من
ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا
اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن
قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق
وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم
يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان
اليمين بالله واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عند
خلافا لابي يوسف رح لان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد من تصور
البر ليمكن ايجابه ولهذا امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه

يظهر في حق الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الأصل لينعقد
في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت
اليمين مطلقة ففي الوجه الأول لا يحنث عندهما وعند أبي يوسف
يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا فأبو يوسف
رح فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق أن التأقيت للتوسعة
فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما
فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق أن في
المطلق يجب البر كما فرغ فإذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين
يحنث في يمينه كما إذا مات الحالف والماء باق أما في الموقت يجب البر
في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محلية البر لعدم التصور
فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة
ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه
وحنث عقيبها وقال زفر رحمه الله لا ينعقد لأنه مستحيل
عادة فأشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا أن البر متصور حقيقة
لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ألا يرى أن الملائكة يصعدونه
وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله وإذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا
لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما إذا مات الحالف فإنه يحنث
مع احتمال إعادة الحياة بخلاف مسألة الكوز لأن شرب الماء الذي
في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلا ينعقد

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث
يسمع إلا أنه نائم حنث لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه
فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله وفي بعض
روايات المبسوط شرط أن يوقظه وعليه مشايخنا رح لأنه إذا لم
ينتبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف
لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث لأن الإذن

مشتق من الأذان الذي هو إعلام أو من الوقوع في الأذن و
كل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع وقال أبو يوسف رح لا
يحنث لأن الإذن هو الإطلاق وإنه يتم بالآذن كالرضا قلنا
الرضا من أعمال القلب ولا كذلك الإذن على ما مر وإن حلف لا يكلمه
شهرا فهو من حين حلف لأنه لو لم يذكر الشهر لتأبد اليمين فذكر الشهر
لإخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله
بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهرا لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد
اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وإنه منكر فالتعيين إليه وإن
حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وإن قرأ في غير صلوته
حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما
وهو قول الشافعي رح لأنه كلام حقيقة ولنا أنه في الصلوة ليس
بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلم إن صلوتنا هذه لا يصلح فيها
شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة أيضا لأنه
لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته
طالق فهو على الليل والنهار لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد
يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام
الممتد فإن عنى النهار خاصة دين في القضاء لأنه مستعمل فيه أيضا
وعن أبي يوسف رح أنه لا يدين في القضاء لأنه خلاف المتعارف ولو
قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة لأنه حقيقة في سواد الليل
كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال
إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان أو قال إلا
أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل
القدوم والإذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث لأنه
غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام
بعد انتهاء اليمين فإن مات فلان سقطت اليمين خلافا لأبي يوسف

لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقلب وهو لم يبق بعد الموت
متصورا لوجود فسقطت اليمين وعند التصور ليس بشرط فعند سقوط
الغاية بقيا باليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه
او امراة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه
امراته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع
في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد
فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك
بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رح يحنث كالمراة والصديق
قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق
مقصود بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة
ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان غرضه هجرانه
لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة
بالشك فان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا
او امراة فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة
والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رح يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر رح ولو حلف لا يدخل
دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على الخلاف وجه قول محمد و
زفر ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة
للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالصديق والمراة ولهما
ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر
ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها
فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة
نسبة كالصديق والمراة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف
والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم
فان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه

الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان
فصار كما اذا اشار اليه ومن قال والله لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد
صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو و
هذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل فصل
ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة
اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة
قال الله هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر
قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه
وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد
لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فيتعين ما ذكرنا
وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ
زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى
لانه حقيقة كلامه قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف و
محمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما
هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام
فيراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان
يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى وابو حنيفة رح توقف
في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره
لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه
اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه
الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رح وقالا على ايام الاسبوع
ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثنى
عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه
جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا
الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود

دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام
الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا
سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كانت اليمين بالفارسية
ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا
ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان
الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا
في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق
الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت
ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا
لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا
فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهو الجزاء ولابي
حنيفة رح ان مطلق اسم الولد يتقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات
الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا يثبت في
الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف
جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا ولو قال اول عبد
اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان
اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد
في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية وان قال اول
عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة
الشراء لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف ولو قال
آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الآخر
فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم
مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه

عند ابي حنيفة رح ويعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى
يعتبر من الثلث لان الآخرية لا يثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك
يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي
حنيفة رح ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء
فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به و
فائدته تظهر في جريان الارث وعدمه ومن قال كل عبد بشرني
بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة
اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف وهذا انما
يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا جميعا لانها تحققت من الكل
ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه
لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرط
وان اشترى اباه ينوي به عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر
والشافعي لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة و
هذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة
ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده
الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا
يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده
لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح
ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق
لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد
فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان
اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها
لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين و
قد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى
جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها

الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية
على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر
فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك و
صار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج
مذكورا ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة التسري وهو شرط
فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة
الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان
طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها واحدة لا يطلق
ثلثا فهذه وزان مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات
اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء
اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم
لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي
المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية
ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله
الخيار في الاوليين لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها
بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في
الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال
لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاوليين لما
بينا

باب اليمين في البيع والشرى

والتزوج وغير ذلك ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر
فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت
الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد
ما هو الشرط وهو العقد من الامر وانما الثابت له حكم العقد الا ان
ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد
بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق ولا

يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل فيه هنا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه
الى نفسه بل الى الامر وحقوق العقد ترجع الى الامر لا اليه ولو قال
عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق
ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر
غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته
فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الامر فيجعل هو مباشرا اذ لا
حقوق له ترجع الى المامور ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسي
دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان
الطلاق ليس الا التكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر
بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص
في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح ففعل حسي قد
يعرف باثره والنسبة الى الامر بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه
فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ومن حلف لا يضرب ولده
فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه
وهو التادب والتثقف فلم ينسب فعله الى الامر بخلاف الامر بضرب
العبد لان منفعة الايتمار عائدة الى الامر فيضاف الفعل اليه
ومن قال لاخر ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف
عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل
على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع يجري
فيه النيابة ولم يوجد فاما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث
يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك
او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي
الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة
وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه
لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد

حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك
فيه قائم فينزل الجزاء. وكذا لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر فاشتراه
على أنه بالخيار يعتق أيضاً لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك
قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصله لأن هذا العتق
بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقاً عليه فكذا
هذا ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق
فأعتق أو دبر طلقت امرأته لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع
لفوات محلية البيع وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال
كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن
أبي يوسف رح أنها لا تطلق لأنه أخرجه جواباً فينطبق عليه ولأن
غرضه إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به وجه الظاهر عموم
الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه
إيحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لا يصلح
مقيداً ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لأنه تخصيص العام

باب اليمين في الحج

والصلوة والصوم ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها علي المشي إلى
بيت الله أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشياً وإن شاء ركب وأهراق
دماً وفي القياس لا يلزمه شيء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا
مقصودة في الأصل ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه ولأن الناس
تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما إذا قال علي زيارة
البيت ماشياً فيلزمه ماشياً وإن شاء ركب وأراق دماً وقد ذكرناه
في المناسك ولو قال علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله فلا شيء
عليه لأن التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي
المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند أبي حنيفة
رح وقالا في قوله علي المشي إلى الحرم عمرة أو حجة ولو قال إلى المسجد

الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما أن الحرم شامل على البيت وكذا
المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان
عنه وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن إيجابه
باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلاً ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام
وقال حججت وشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده و
هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح **وقال** محمد يعتق لأن
هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء
الحج فيتحقق الشرط ولهما أنها قامت على النفي لأن المقصود منها نفي
الحج لا إثبات التضحية لأنه لا مطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج
غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين
نفي ونفي تيسيراً ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر
من يومه حنث لوجود الشرط إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على
قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوماً أو صوماً فصام ساعة ثم أفطر
لا يحنث لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً وذلك بإنهائه إلى آخر
اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ
وركع لم يحنث وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس أن يحنث بالافتتاح
اعتباراً بالشروع في الصوم وجه الاستحسان أن الصلوة عبارة
عن الأركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لأنه
ركن واحد وهو الإمساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي
صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لأنه يراد به الصلوة المعتبرة شرعاً و
أقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين

في لبس الثياب والحلي وغير ذلك ومن قال لامرأته إن لبست من
غزلك فهو هدي فاشترى قطناً فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي
عند أبي حنيفة وقالا ليس عليه أن يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم
حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها لهما

الا انه انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان
التسري وغزل المرأة ليسا من اسباب الملك ولذا ان غزل المرأة عادة
يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا
يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا
ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا
ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان
من ذهب حنث لانه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد
لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث لانه حلي حقيقة
حتى سمي به في القران وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى
الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما
لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام
عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه
فراشا آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فيقطع
النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او
حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال
بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا
يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد
جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا
جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فيقطع النسبة عنه

باب اليمين

في الضرب والقتل وغيره ومن قال ان ضربتك فعبدي
حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن
والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة
في قول العامة وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق
ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر
وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس وكذا الكلام و

الدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من
الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك
فعبدي حر فغسله بعدما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه
التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها
او خنقها او عضها يحنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام بهذا
الفعل وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى ممازحة لا ضربا
ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به
حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم
يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت
فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في
تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين

في تقاضي الدراهم ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون
الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا
والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك
منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان
بعضه زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب
والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط
البر وقبض المستحقة صحيح فلا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها
رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز
التجوز بهما في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه
لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكانه شرط
القبض ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة
لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين ومن حلف لا
يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض
جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا يرى انه اضافه

القبض الى دين معروف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به
فان قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم
يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة
عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا
مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان
المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء
لجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل
ذلك اداة الاستثناء

مسائل متفرقة

واذا حلف لا يفعل كذا
تركه ابدا لانه نفي الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي
وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد
غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع
الياس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي
رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته لان المقصود
منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال
سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف
ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر
فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع
ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك
يتم به اما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ومن حلف لا
يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له و
لهما ساق ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه
اعتبارا بالعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه
وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على
الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة
المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد
ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما
يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق
الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار فالمراد ثبوته
عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه
مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم
القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال فالبينة ان تشهد
اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال
عليه السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك
ولان في اشتراط الاربعة تحقق معنى الستر وهو مندوب اليه و
الاشاعة ضده واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف
هو واين زنى وبمن زنى ومتى زنى لان النبي عليه السلام استفسر
ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه
غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان
او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطئ جارية الابن فيستقصى
في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها
كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية
حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء قال
عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند
ابي حنيفة رح وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء
الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود
للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله رجلا بالتهمة بخلاف
الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق

ان شاء الله تعالى قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رح فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رح لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة

قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة

في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز رح لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

فصل في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا رح وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رح ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رح ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رح لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا وغابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رح ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام لماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به قال يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رح لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط

بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن
المقصود وهو الانزجار وتنزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان
عليا رح كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال
الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار
كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو
واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف **قال**
الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه
والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه مجمع
المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك
معنى فلا يشرع حدا **وقال** ابو يوسف رح يضرب
الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رح اضربوا
الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح
قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه
مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رح
يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة
الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد
ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه
الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا
يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق
منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون
ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما
غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها
كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب و
الستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه

استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام حفر للغامدية
الى ثندوتها وحفر علي رح لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه
عليه السلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه
استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام
ما حفر لماعز رح ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط
والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام
وقال الشافعي رح له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة
عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام
فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها
الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم
عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب
الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا
يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون حرا
عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما
على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا
خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل
النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل
النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف
الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي
متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي
الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة و
يؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر
الزواجر اغلظ والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا
ابو يوسف رح في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم
يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده

قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول
الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما
عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة
او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى
هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل
اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها
فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف
في الدين وابو يوسف رح يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما
ذكرناه وقوله عليه السلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية
ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن
بين الرجم والجلد لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود
مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها و
زجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي
رح يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى
فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه
كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من
العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من
اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رض كفى بالنفي فتنة
والحديث منسوخ كشطره وهو قوله الثيب بالثيب جلد مائة ورجم
بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه ان شاء الله تعالى قال
الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك
تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه
الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رض واذا زنى
المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب

المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك
ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد وان زنت الحامل لم تحد
حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة
وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به
تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف
الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته
لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام
قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى
تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف
الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

باب

الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه قال الوطء الموجب
للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في
القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق
عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرأوا
الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة
اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق
من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن
ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته
ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لاطلاق
الحديث والنسب يثبت في الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى
وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر
راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية قال
فالشبهة في الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته و
المطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة

وأم ولد أعتقها المولى وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد و
الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه
المواضع لا يحد إذا قال ظننت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها علي حرام
وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة
طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم
والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره و
المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع
لا يجب الحد وإن قال علمت أنها علي حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة رح
تثبت بالعقد وإن كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين
لا تثبت إذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك
إن شاء الله تعالى إذا عرفنا هذا قال ومن طلق امرأته
ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك
المحلل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء
الحل وعلى ذلك الإجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا
اختلاف ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحد لأن الظن في موضعه
لأن أثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في
إسقاط الحد وأم الولد إذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على
مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض
الآثار في العدة ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك
فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة و قال علمت أنها علي
حرام لم يحد لاختلاف الصحابة فيه فمن مذهب عمر رض أنها تطليقة
رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا إذا نوى ثلاثا لقيام
الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده و
إن قال علمت أنها علي حرام لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل
وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك والأبوة قائمة في حق الجد

قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه
وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا
حد عليه ولا على قاذفه وإن قال علمت أنها علي حرام حد وكذا العبد
إذا وطئ جارية مولاه لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه
في الاستمتاع إلا أنه زنى حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا إذا قالت
الجارية ظننت أنه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لأن الفعل واحد
وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد لأنه
لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا
ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء إنها زوجتك فوطئها لا حد
عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رض وبالعدة ولأنه اعتمد دليلا وهو
الإخبار في موضع الاشتباه إذ الإنسان لا يميز بين امرأته وبين
غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه إلا في رواية
عن أبي يوسف لأن الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه
فوطئها فعليه الحد لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن
مستندا إلى دليل وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم
التي في بيتها وكذا إذا كان أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره
إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن
الإخبار دليل ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب
عليه الحد عند أبي حنيفة رح ولكن يوجع عقوبة [أي التعزير] إذا كان علم بذلك
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رح عليه الحد إذا
كان عالما بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى
الذكور وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي
من المحرمات ولأبي حنيفة رح أن العقد صادف محله لأن محل التصرف
ما يقبل مقصوده والأنثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود
وكان ينبغي أن ينعقد في جميع الأحكام إلا أنه تقاعد عن إفادة

حقيقة الحل فيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس
الثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطئ
أجنبية فيما دون الفرج يعزر لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن
أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند
أبي حنيفة رح ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا
هو كالزنا فيحد وهو أحد قولي الشافعي رح وقال
في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول
ويروى فارجموا الأعلى والأسفل ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء
الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح
الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الإحراق بالنار
وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك
ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب
وكذا هو أندر وقوعا لانعدام الداعي من أحد الجانبين والداعي إلى
الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة أو على المستحل إلا أنه
يعزر عنده لما بينا ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لأنه ليس في معنى
الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه
والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره إلا أنه
يعزر لما بينا والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع
التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم
خرج إلينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رح يحد لأنه التزم بإسلامه
أحكامه أينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود
في دار الحرب ولأن المقصود هو الانزجار وولاية الإمام منقطعة
فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعدما خرج لأنها لم تنعقد
موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة
وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لأنه تحت يده بخلاف أمير

العسكر والسرية لأنه لم تفوض إليهما الإقامة وإذا دخل حربي
دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية
عند أبي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رح في الذمي
يعني إذا زنى بحربية فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد
رح وهو قول أبي يوسف رح أولا وقال أبو يوسف يحدون
كلهم وهذا قوله الآخر لأبي يوسف أن المستأمن التزم أحكامنا
مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره
ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لأنه
يعتقد إباحته ولهما أنه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها
فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ولا يقتل
المسلم ولا الذمي به فإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده
وهو حقوق العباد لأنه لما طمع في الإنصاف يلتزم الانتصاف و
القصاص وحد القذف من حقوقهم أما حد الزنا فحق الشرع و
لمحمد رح وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة
تابعة على ما نذكره إن شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الأصل يوجب
امتناعه في حق التبع أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق
الأصل نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من
الصبي والمجنون ولأبي حنيفة رح أن فعل المستأمن زنا لأنه مخاطب
بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا و
التمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لأنهما
لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد
المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة
طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رح
يجب الحد عليها وهو رواية عن أبي يوسف وإن زنى صحيح بمجنونة أو
صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالإجماع لهما أن العذر

من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه و
هذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه
وإنما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة
ومزنيا بها إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل
كالراضية بمعنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في
حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه مؤثم
على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد ومن
أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة رح يقول
أولا يحد وهو قول زفر لأن الانتشار لا يكون إلا لذة آية الطواعية ثم رجع و
قال لا يحد لأن الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في
النائم فأورث شبهة قال وإن أكرهه غير السلطان
حد عند أبي حنيفة رح وقالا لا يحد لأن عندهما يتحقق الإكراه من
غير السلطان لأن المؤثر خوف الهلاك فيتحقق من غيره وله أنه من
غيره لا يدوم إلا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان أو جماعة
المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط
به الحد بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستغاثة بغيره ولا الخروج
عليه بالسلاح ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة
وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجها
فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق
وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيما
لخطر البضع ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة معناه
قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه
وعن أبي يوسف رح أنه لا يحد لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة
وصار كما إذا اشتراها بعدما زنى بها وهو على هذا الخلاف وقد اعترض
سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه كما إذا ملك المسروق

قبل القطع ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم
ولو كان يوجبه فإنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في
منافع البضع لأنها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في
المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب
عينيها حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لأن الملك هنالك يثبت في
الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة قال وكل شيء
صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا القصاص فإنه
يؤخذ به وبالأموال لأن الحدود حق الله تعالى وإقامتها إليه لا إلى
غيره ولا يمكنه أن يقيمه على نفسه لأنه لا يفيد بخلاف حقوق العباد
لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين و
القصاص والأموال منها وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق
الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى باب
الشهادة على الزنا والرجوع عنها وإذا شهد الشهود بحد متقادم
لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد
القذف خاصة وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة
أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والأصل
أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي
رح هو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين
ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر فالتأخير
إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته
أو لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا
آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادي نفسه
فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح
الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف
فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد

لا قرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولأن الدعوى فيه
شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم
بخلاف حد السرقة لأن الدعوى ليس بشرط للحد لأنه خالص حق
الله تعالى على ما مر وإنما يشترط للمال ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله
تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولأن السرقة تقام على
الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد إعلامه وبالكتمان
يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء
يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رح حتى لو هرب
بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه
لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم
وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر فإنه قال بعد حين وهكذا
أشار الطحاوي وأبو حنيفة رح لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي
القاضي في كل عصر وعن محمد رح أنه قدره بشهر لأن ما دونه عاجل
وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رح وهو الأصح وهذا إذا لم
يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما إذا كان تقبل شهادتهم
لأن المانع بعدهم عن الإمام فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد
الشرب كذلك عند محمد رح وعندهما يقدر بزوال الرائحة على
ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى وإذا شهدوا على رجل أنه زنى
بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد وإن شهدوا أنه سرق من فلان
وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في
السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر
بالموهوم وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال
أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر وإن أقر بذلك حد لأنه لا يخفى
عليه امرأته أو أمته فإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها
وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة رح وهو

قول زفر رح وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب و
تفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الإكراه بخلاف جانبها لأن طواعيتها
شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله أنه اختلف
المشهود عليه لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما ولأن شاهدي الطواعية
صارا قاذفين لها وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي
الإكراه لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها فصارا خصمين في ذلك
وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها
بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لأن المشهود به فعل الزنا وقد اختلف
باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد
الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا إلى اتحاد الصورة والمرأة
وإن اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه أن يشهد كل اثنين
على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف
المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل
في زاوية والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب ولأن الواقع في
وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد
بحسب ما عنده وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع
الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد
عنهم جميعا أما عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين و
أما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وإن شهد أربعة على امرأة
بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لأن الزنا لا يتحقق مع البكارة
ومعنى المسألة أن النساء نظرن إليها فقلن إنها بكر وشهادتهن حجة
في إسقاط الحد وليست بحجة في إيجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب
عليهم وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في
قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف فإنهم يحدون ولا يحد المشهود
عليه لأنه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل

الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان
الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم
يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع
قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا
فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق
تثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان وسياتي فيه خلاف
الشافعي رح بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو
كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة
اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها
وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم
عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود
ثلاثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على
بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ارش الضرب ايضا على بيت
المال قال رح معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف
اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده و
عندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز
عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم
فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل
فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم
فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رح ان الواجب هو الحد وهو ضرب
مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب
وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح كيلا
يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة
اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيه من زيادة الشبهة ولا ضرورة
الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان

لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت
من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون
مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل فامتناع
الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع
وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته
ثلاثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال
الشافعي رحمه الله يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود
القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب
الثلاثة وقال زفر رح لا يحد لانه ان كان قاذف حي
فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي و
يورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع
لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ
ما ينبني عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا
قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم
يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود
عليه وقال محمد رح حد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت
بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما
ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا
سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا
جميعا وقال زفر رح يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق
على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال
القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا فيحدون فان كانوا خمسة فرجع
احدهم لا شي عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة
الاربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما

العلامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من
بقي على ما عرف وان شهدوا اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود
مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة رح معناه اذا رجعوا
عن التزكية وقالا هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا بالكذب
مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا
على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه وله ان الشهادة انما
تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف
الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بينهما
اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية و
الاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا فلا يضمنون لان
العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة
ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه
واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه
ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص
لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح
ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء
لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل
مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم ويجب الدية في ماله لانه
عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس
القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر
الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما
ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره وان شهدوا
على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه مباح النظر
لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا شهد اربعة
على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امراة قد ولدت منه فانه يرجم

معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات
النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة و
الاحصان يثبت بمثله وان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان
رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي رح فالشافعي مر على
اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر رح يقول انه
شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه
حقيقة العلة فلا يقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار
كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا
يقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها
مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة فصار كما اذا
شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما
وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع
شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر واخذ وريحها موجود او جاؤا به سكران فشهد الشهود
عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجود لان جناية
الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه السلام من شرب
الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد
عند ابي حنيفة وابي يوسف **وقال** محمد رح يحد وكذا اذا
شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح
وقال محمد رح يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة
بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا
لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل
يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وعندهما
يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فيه فان وجدتم رائحة

الخمر فاجلدوه ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على القرب وإنما
يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح
ممكن للمستدل وإنما تشتبه على الجهال وأما الإقرار فالتقادم لا
يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد
إلا عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ولا إجماع
إلا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا فإن
أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر إلى
مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعا
لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله
ومن سكر من النبيذ حد لما روي أن عمر رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي
سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق
عليه إن شاء الله تعالى ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها
لأن الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار ولا يحد
السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا لأن السكر من
المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب
الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد
الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لإجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على
بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن
محمد أنه لا يجرد إظهارا للتخفيف لأنه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا
أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وإن كان عبدا فحده أربعون
سوطا لأن الرق منصف على ما عرف ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم
رجع لم يحد لأنه خالص حق الله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين و
يثبت بالإقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف أنه يشترط الإقرار مرتين
وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هنالك إن شاء الله تعالى
ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لأن فيها شبهة البدلية و

تهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل
منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال
هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لأنه
السكران في العرف وإليه مال أكثر المشايخ وله أنه يؤخذ في أسباب
الحدود بأقصاها درءا للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل
فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة
الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع
أخذا بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته
وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران
بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال لدرئه
لأنه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد و
السكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ولو ارتد
السكران لم تبن منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق
مع السكر

باب حد القذف

وإذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا و
طالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا إن كان حرا لقوله
تعالى والذين يرمون المحصنات إلى أن قال فاجلدوهم ثمانين
جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالإجماع وفي النص إشارة إليه
وهو اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة
المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف
لما تلونا قال ويفرق على أعضائه لما مر في حد الزنا و
لا يجرد من ثيابه لأن سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف
حد الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو لأن ذلك يمنع إيصال
الألم به وإن كان القاذف عبدا جلد أربعين سوطا لمكان الرق
والإحصان أن يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن

فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليها اسم الاحصان قال الله
تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل
والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا
منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن
والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق
فيه ومن نفى نسب غيره قال لست لابيك فانه يحد و
هذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب
انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن
فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان
عند الغضب يراد به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي
مشابهته اباه في اسباب المروة ولو قال لست بابن فلان يعني جده
لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد
ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب
الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب
بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد و
الولد لان العار يلحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا
له معنى وعند الشافعي رح يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد
القذف يورث عنده على ما نبين ان شاء الله تعالى وعندنا ولاية
المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا
للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا
لمحمد رح ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله
ولو كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد
خلافا لزفر رح هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه
وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة و
معنى ولنا انه عيره بقذف المحصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان

في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا
التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية الاستحقاق بخلاف
ما اذا نسب الولد الى القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد
الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف
امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى
لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد
بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق
السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد
قال الشافعي رح لا يبطل ولو مات بعدما اقيم
بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده و
عندنا لا يورث ولا خلاف انه فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع
لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن
هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من
شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا اية حق الشرع وبكل
ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى
تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنا الشرع ونحن
صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد يتولاه مولاه فيصير حق العبد
مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق
الشرع الا نيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذي تتخرج عليه
الفروع المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد
لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا
ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل و
عنده لا يجري وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا
من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر قال
ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا

فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب
له فيه ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق
او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال
لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود
والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وان
نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد
من هؤلاء يسمى ابا الاول لقوله تعالى واله آبائك ابرهيم واسمعيل
واسحق واسمعيل كان عما له والثاني لقوله عليه السلم الخال اب
والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت
صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال
محمد رح لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب
وارق الى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل يقرره مرادا ولنا انه يستعمل
في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين
المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا
قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا
كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا
يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرنا ومن قال لآخر يا زاني
فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة
عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا
فيه ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا
لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفي البداية
بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال
في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت
بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعد ما قال لها يا زانية لوقوع
الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح

فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها
ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك
وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون
الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد
ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار
قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل
اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه
حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في
الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب
كما يصح بدون الولد وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان
لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد
لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد
موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا
اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امرأة لاعنت
بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا ومن وطئ وطئا حراما
في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان
القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب
الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره
يحد لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام
لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة مؤقتة
فالحرمة لغيره وابو حنيفة رح يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة
بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد بيانه اذا قذف
رجلا وطئ جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه
وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا
لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته

ومجوسية او امرأة وهي حائض ومكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة
مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي
يوسف رح ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر رح
لان الملك زائل في حق الوطي ولهذا يلزمه العقر بالوطي ونحن نقول
ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطئ
امة هي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح
ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في
الحرية لمكان اختلاف الصحابة رض ولو قذف مجوسيا تزوج بامه
ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رح وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان
تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما
وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما
حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع
في ان لا يؤذي فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه واذا حد
المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال
الشافعي رح تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد
الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على
جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين
لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم يدخل تحت الرد بخلاف
العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة
له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده
وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته
لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام
بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف رح انه ترد
شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح قال ومن
قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخران

فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصول
بالاول قائم فتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما
اذا زنى وقذف وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من
الاخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى
فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رح ان اختلف
المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق
العبد عنده

فصل في التعزير

ومن قذف عبدا او امة او ام
ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد
لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال
يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به
ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته
في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الراي
الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به
للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل ان كان المسبوب
من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان
كان من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا
واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة
وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد
فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رح نظرا
الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون
فنقصا منه سوطا وابو يوسف رح اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل
هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر رح وهو القياس
وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رح فقلده ثم قدر
الادنى في الكتاب بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر و
ذكر مشايخنا رح ان ادناه على ما يراه الامام يقدره بقدر ما يعلم

انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف انه يقدر على
عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة
من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال
وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح
تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان
يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في
الحد لانه من التعزير قال واشد الضرب التعزير لانه
جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا
يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء
قال ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب
ثبت بقول الصحابة ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب
لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا
ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث
الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما
فعل بامر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد
والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات
تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق قال
الشافعي رح تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه
اذ التعزير للتأديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله
يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى
حق الله بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسرار ومنه
استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما
يأتيك ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء

او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على استسرار واخذ المال من المالك
مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام
لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة
عين المالك او من يقوم مقامه قال واذا سرق
العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم
مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه قوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الاية ولا بد من اعتبار
العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية
ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا
اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب و
التقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رح التقدير بربع
دينار وعند مالك بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول
الله ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ
بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رح يقول كانت قيمة
الدينار على عهد رسول الله اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا
ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان
في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام
لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة
عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر
الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها
انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه
المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة
الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا
شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى
قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل و

لان التضعيف متعذر فيكمل صيانة لاموال الناس ويجب القطع
باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح قال
ابو يوسف رح لا يقطع الا بالاقرار مرتين ويروى عنه انهما في
مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة
كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة
فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان
الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا
لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع
في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة
في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال
ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي
ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها
لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود
للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل
واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب
سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب
في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش
والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة و
الاصل فيه حديث عائشة رض قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول
الله في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل
بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن
به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر
ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها
ناقص الا يرى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة

لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي
كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها و
يدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام
لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف
رح انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو
قول الشافعي رح والحجة عليه ما ذكرنا قال ولا قطع فيما
يسرع اليه الفساد كاللبن واللحم والفاكهة الرطبة لقوله عليه السلام
لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقوله عليه السلام
لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ
للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا
وقال الشافعي رح يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع
في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق
العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه
القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي
لم يحصد لعدم الاحراز ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق
يتأول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها
اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه
من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال
الشافعي رح يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف مثله
وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف
فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة
والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا
للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق
آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربي على النصاب ولا يقطع في ابواب
المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار

ما فيها ولا يجوز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه
قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد
لانه يتأول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدراهم التي
عليها التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا يثبت شبهة اباحة الكسر و
عن ابي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان
كانت في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي
الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له
ولانه يتأول في اخذ الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته وقال
ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه تجب القطع بسرقته
وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد
والخلاف في الصبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ويقطع
في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد
الصغير لتحققها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ سواء
في اعتبار اليد وقال ابو يوسف رح لا يقطع وان كان
صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه
ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا به
الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود
ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ
فكان المقصود هو الكواغذ ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من
جنسها يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين
العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا
طبل ولا بربط ولا مزمار لانه عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رح
آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والابنوس و
الصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا يوجد
بصورتها مباحة في دار الاسلام ويقطع في الفصوص الخضر و

الياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها ولا يوجد مباح
الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب
والفضة واذا اتخذ من الخشب اوان وابواب قطع فيها لانه بالصنعة
التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان
الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر
البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل و
انما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على
الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن
ولا خائنة لقصور الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف
قال النبي عليه السلام لا قطع على منتهب ولا مختلس ولا خائن ولا قطع
على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف والشافعي رح عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش
قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه
السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة
تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة
الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها
نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان
كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا
سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا ولا يقطع السارق
من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال
ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم
فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه
سواء لان التأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه
لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه
ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح

أنه لا يقطع لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا
بحقه قلنا هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال
الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لأنه ظن في موضع
الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لأنه ليس له
حق الأخذ وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد ومن سرق عينا
فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس أن
يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام
فإن عاد فاقطعوه من غير فصل ولأن الثانية متكاملة كالأولى بل أقبح
لتقدم الزاجر وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم
كانت السرقة ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من
بعد إن شاء الله تعالى وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت
شبهة السقوط نظرا إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع
فيه بخلاف ما ذكر لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه ولأن
تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى إقامته عن المقصود
وهو تقليل الجناية وصار كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف
الأول قال فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا
فسرقه وقطع فيه فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لأن العين قد تبدلت و
لهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل وإذا تبدلت
انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فصل في الحرز والأخذ منه

ومن سرق من أبويه أو
ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع فالأول وهو الولاد للبسوطة في
المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا أباح الشرع
النظر إلى موضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديقين لأنه عاداه
بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رح لأنه يلحقها بالقرابة البعيدة
وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره

ينبغي أن لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه
وإن سرق من أمه من الرضاع قطع وعن أبي يوسف رح أنه لا يقطع لأنه
يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الأخت من الرضاعة لانعدام
هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم
كما إذا ثبت بالزنا والتقبيل عن شهوة وأقرب من ذلك الأخت من
الرضاعة وهذا لأن الرضاع قل ما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف
التهمة بخلاف النسب قال فإذا سرق أحد الزوجين
من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته لم
يقطع لوجود الإذن بالدخول عادة قال فإن سرق أحد
الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا
للشافعي رح للبسوطة بينهما في الأموال عادة ودلالة وهو نظير
الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لأن له في
أكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لأن له فيه نصيبا وهو مأثور
عن علي رح درءا وتعليلا قال والحرز على نوعين حرز
لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رح الحرز
لا بد منه لأن الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو
المكان المعد لإحراز الأمتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت
وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو
محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان
من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز
بالحافظ هو الصحيح لأنه محرز بدونه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو
كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لأن البناء لقصد الإحراز
إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه لقيام يده فيه بخلاف المحرز
بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ
فتتم السرقة ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع

تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة
وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف
ما اختاره في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز
او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد
الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في
الدخول لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز و
يدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها
بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد
متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز
الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي
اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان
حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن
اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه
بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم
يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج
منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ
فان كان دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع
لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من
اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا واذا نقب اللص
البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما
لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل
خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد
وعن ابي يوسف رح انه اذا اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على
الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع
وهي بناء على مسئلة تاتي بعدها ان شاء الله تعالى وان القاه في

الطريق ثم خرج فاخذه قطع قال وقال زفر رح لا يقطع لان
الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذه وكذا الاخذ من السكة
كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج
مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم تعترض عليه
يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع
لا سارق قال وكذلك ان حمله على حمار فساقه فاخرجه
لان سيره مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم
الاخذ قطعوا جميعا قال رضي الله عنه هذا استحسان
والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رح لان الاخراج
منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في
السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع
ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد و
من نقب البيت وادخل يده فيه فاخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف رح
في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا
يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي واخرج
الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة
العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد
بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف
ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد وان طر صرة
خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه
الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد
هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من
الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين
ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رح انه يقطع على كل حال
لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما

هتك فقطع المسافة اذا لاستراحة فاشبه الجوالق. وان سرق من القطار
بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصودا فيتمكن شبهة العدم وهذا
لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة
دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع. وان
شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد
بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع. وان
سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع معناه اذا
كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا
بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد
والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقربه منه
على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث
يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من قول المختار فصل
في كيفية القطع واثباته ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم
فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رض ومن
الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل يعني الرسغ
متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلم امر بقطع السارق من
الزند والحسم لقوله عليه السلم فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم
يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف. فان سرق ثانيا قطعت رجله
اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان
ويعزر ايضا ذكره المشايخ وقال الشافعي رح في الثالثة
تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلم
من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد
فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان
الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فيكون ادعى الى
شرع الحد ولنا قول علي رض اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا

يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة
فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس
المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف
القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث
طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة. فان كان السارق اشل
اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه
تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى
شلاء لما قلنا. وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او
الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان
كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت
الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما
تنزلان منزلة الابهام في نقصان البطش. واذا قال الحاكم للحداد
اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره فلا شيء عليه عند ابي
حنيفة رح وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال
زفر يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ
في الاجتهاد واما الخطأ في معرفة اليمين واليسار فلا يجعل عفوا
وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد
غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص
تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا
معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في
المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي
حنيفة رح انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا
كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه
غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج السارق يساره وقال
هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره قال

ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك
على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق
الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط
لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي
رح في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا يظهر الا بخصومته وكذا
اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود
وللمستودع والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب
اي كاسب الربوا
الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه وقال
زفر والشافعي رح لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا
الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على
سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة
المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال
قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه
والشافعي بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده
وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا
تظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة
للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة
او اقرار
رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد
فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة
ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما
اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية
اي المودع
وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة وان قطع سارق
بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع الثاني لان
المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك
فلم ينعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد

في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع
الاول او بعد ما درئ القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان
سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب ومن
سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع
وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه
الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت
حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد
المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا
قضي على رجل بالقطع في السرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت
وكذا اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رح
يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح لان السرقة قد تمت انعقادا
وظهورا وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا
اي الهبة
شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء
عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو
ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء
وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء وكذا اذا
نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن
محمد انه يقطع وهو قول زفر رح والشافعي رح اعتبارا بالنقصان
في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه
عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون
عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله اما نقصان السعر
فغير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه
سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان
بالسرقة وقال الشافعي رح لا يسقط بمجرد الدعوى لانه
لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة

ويتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قاله بدليل صحة الرجوع
بعدما الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم
يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الاخر
لان الاخذ يثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما
وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الاخر في قول ابي حنيفة رح الاخر و
هو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه
قوله الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما و
المعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر و
اذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد
السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف رح يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رح لا يقطع
والعشرة للمولى ومعناه اذا كذبه المولى وان اقر بسرقة مال مستهلك
قطعت يده ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال
زفر رح لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على
نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك
مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان العبد الماذون له يواخذ
بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه
لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه ادمي ثم يتعدى
الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه
من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد رح في المحجور عليه ان اقراره بالمال
باطل ولهذا لا يصح منه بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في
سرقة يونيه ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه
بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل
فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف الماذون لان اقراره بالمال الذي
في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف انه اقر بشيئين

بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرنا وبالمال وهو على المولى فلا
يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذي
في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان
كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يوخذ من زيد ولابي حنيفة رح
ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار
يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة
المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان
القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى
فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع
قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت
على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق
يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف رح عن ابي حنيفة
رح وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يجب في الاستهلاك و
قال الشافعي رح يضمن فيهما لانهما حقان قد
اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء
عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك
صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام
لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي
القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه
ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان
المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي
القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه نفسه
فينتفي فيه الا ان العصمة لا تظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه
فعل اخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب
دون غيره وجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة

فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها
في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال ومن سرق سرقات
فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وقالا
يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان
حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في
السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من
الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع
لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله
تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند
القاضي فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا يرى انه يرجع نفعه
الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد
فخاصم في البعض

باب

ما يحدث السارق في السرقة ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين
ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان
له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك
المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان
الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة
اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة
كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع مبيعا بعد البيع بخلاف ما ذكر لان البيع
موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان
واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع
بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة
فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا
يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل
القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت

على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه
دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله
في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا
يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع
وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا
فصبغه احمر قطع فيه ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح يؤخذ منه الثوب ويعطى
ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قائما
وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد
اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم
صورة لا معنى الا يرى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا
جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة و
معنى فاستويا من هذا الوجه ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان
صبغه اسود اخذ منه في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند
محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا ينقطع حق المالك وعند ابي حنيفة
رح السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على
الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ويقتلوا
نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي
والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم
فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من
خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم حدا والاصل فيه قوله
تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله

اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة
نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق
تغلظ الحكم بتغليظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور
لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا
لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان
المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناه لما تلوناه و
شرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة و
لهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب
في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد
قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة
والحالة الثالثة كما بيناه لما تلوناه ويقتلون حدا حتى لو عفى الاولياء
عنهم لم يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا
المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف و
قتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال
محمد رح يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين
ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم
ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت
الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد و
الرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين و
التداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين
الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا يتركه
لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول
اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال ويصلب حيا
ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي رح
انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب

على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب
اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن ابي يوسف
انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل
الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال
واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة
الصغرى وقد بيناه وان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم
باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض
حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد
منهم وقد تحقق قال والقتل ان كان بعصا او بحجر او
بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل
القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ
الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية
فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم
جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله
تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان
اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان
شاؤا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء
المذكور في النص او لان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله
فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو
ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان من القطاع صبي
او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين
فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله
وعن ابي يوسف رح انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا
السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة
العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما

انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان
فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع
العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال
مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة
على ما ذكرنا فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين
لجملة فصار كما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في
العصمة وهو يخصه اما الامتناع ههنا لخلل في الحرز والقافلة حرز
واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على
ما ذكرناه فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة
الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة
كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا بالمصر او بين الكوفة
والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع
الطريق وهو قول الشافعي رح لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رح
انه يجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث
وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع
لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع
الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لان
الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى
المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر
فيه الى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته
عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة القتل بالمثقل وستبين في الديات
ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا
في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

قال رضي الله عنه السير جمع سيرة وهي
الطريقة في الامور وفي الشرع يختص بسير النبي عليه السلام في
مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به
فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى
اقتلوا المشركين ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة
اراد به فرضا باقيا وهو على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد
في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا
حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام
وان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان
في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب
على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض
الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية قال
في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج
اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره
الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة
الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب
وان لم يبدؤا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبا مظنة
المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى و
لا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع
الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن
المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر
في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير
لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج
قال ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه
الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين قال
فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر
الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ دروعا من

صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص
فرس القاعد

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى
الاسلام لما روى ابن عباس ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى
دعاهم الى الاسلام قال فان اجابوا كفوا عن قتالهم
لحصول المقصود وقد قال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى
يقولوا لا اله الا الله الحديث فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية
بدا امر رسول الله امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على
ما نطق به النص وهذا في حق من يقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه
كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول
الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى
تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا
واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء
المذكور فيه في القرآن ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى
الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد
فادعهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا
نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم
يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي و
لا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل
النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة
في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني
المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا
ثم يحرق والاغارة لا تكون بدعوة قال فان ابوا استعانوا
بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة

فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها
فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر
على اعدائه فيستعان بالله في كل الامور قال ونصبوا عليهم
المجانيق كما نصب رسول الله على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام
احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم
وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم و
كسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا باس برميهم وان
كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب
عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو
حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان
المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي
الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة
بحسب الطاقة وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان
الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة
لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فبني
على اتلاف النفس فيمتنع حذارا الضمان قال ولا باس
باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن
عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك
في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة و
تعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين
وهو التاويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في ارض
العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا
كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والعجائز
يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي و
المداواة واما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن

القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ولا يستحب
إخراجهن للمباضعة والخدمة فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون
الحرائر ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده
لما بينا إلا أن يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا
ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا
والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة
المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول ولا
يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى لأن
المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس
الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي
رحمه الله يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والأعمى لأن المبيح عنده
الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن قتل
الصبيان والذراري وحين رأى عليه السلام امرأة مقتولة قال
هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت **قال** إلا أن يكون
أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب أو تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها
إلى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولأن القتال
مبيح حقيقة ولا يقتلوا مجنونا لأنه غير مخاطب إلا أن يقاتل فيقتل
دفعا لشره غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان
وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب
نحوه وإن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح ويكره أن
يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما
في الدنيا معروفا ولأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق فيناقضه
الإطلاق في إفنائه فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لأن
المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وإن قصد الأب قتله
بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به لأن مقصوده الدفع ألا ترى

لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما
بينا فهذا أولى

باب الموادعة

ومن يجوز أمانه وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم
وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وإن جنحوا
للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله أهل مكة عام الحديبية على أن يضع
الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان
خيرا للمسلمين لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم
على المدة المروية لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها بخلاف ما إذا لم يكن
خيرا لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض
الصلح أنفع نبذ إليهم وقاتلهم لأنه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت
بينه وبين أهل مكة ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وإيفاء
العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر
وقد قال النبي عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار
مدة يبلغ خبر النبذ إلى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم
بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته لأن بذلك ينتفي
الغدر **قال** وإن بدأوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم
إذا كان ذلك باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة
إلى نقضه بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة
لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا
المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه بغير
إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا
ناقضين للعهد لأنه باتفاقهم معنى وإذا رأى الإمام موادعة أهل
الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لأنه لما جازت الموادعة
بغير المال فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة أما
إذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف

الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية
اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذ المال فهو غنيمة يخمسها و
يقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى واما المرتدون
فيوادعهم الامام حتى ينظروا في امرهم لان الاسلام مرجو منهم
فجاز تاخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه
لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده لانه مال غير
معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه
المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة
باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي
طريق يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم
لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم
ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع
لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على
شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في
الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة رح
ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل

واذا امن رجل حر
او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم
يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله تعالى المسلمون
تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد و
لانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان
منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان
وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح قال
الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام
بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام
حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بينا و

يؤدي به الامام لانه قائم على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه
ربما تفوت المصلحة بالتاخير وكان معذورا ولا يجوز امان ذمي
لانه متهم به وكذا لا ولاية له على المسلمين قال
ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا
يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى
الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا
فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر
الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة رح
الا ان ياذن له مولاه في القتال قال محمد رح يصح وهو
قول الشافعي رح وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة رح في
رواية لمحمد قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى
الاشعري رض ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في
القتال وبالمؤبد من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد
عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتاثير اعزاز الدين و
اقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة
وانما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد
القول ولابي حنيفة رح انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا
يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون له في القتال لان
الخوف منه متحقق ولانه انما يملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى
على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه
ما ذكرناه لانه قد يخطي بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف
الماذون لانه رضي به والخطاء نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد
لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية
ولانه مفروض عند سؤالهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا و
لو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور

عن القتال فعلى الخلاف وان كان مأذونا له في القتال فالاصح انه
يصح بالاتفاق

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين
المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر
اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذا فعل عمر رض
بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفي كل من
ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين
والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في
العقار اما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به
الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي رح لان في المن ابطال حق
الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل
لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل و
الجزية عليه ما دونه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين
العاملة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين
ياتون من بعد والخراج ان قل حالا فقد جل مالا لدوامه وان من
عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ
لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى
بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة
الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة
لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي
العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم
الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم
لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد
سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد
ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رح وقالا يفادى بهم اسارى

المسلمين وهو قول الشافعي رح لان فيه تخليص المسلم وهو اولى
من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا
علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في
ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم
اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال ناخذه منهم فلا يجوز في
المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان
بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في
ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت
نفسه به وهو مامون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم
اي على الاسارى خلافا للشافعي رح فانه يقول من رسول الله على
بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا
يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلوناه واذا
اراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام
ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها قال الشافعي
رح يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لماكلة ولنا ان
ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء
ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان
بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة
وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف
عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى
يخرجها الى دار الاسلام قال الشافعي رح لا باس
بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام
عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها
في الكفاية بتوفيق الله له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على

فالمباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد و
قد تحقق ولنا انه عليه السلم نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف
ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولانا لاستيلاء اثبات
اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ
ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة
اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل
الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد رح فانه قال على قول ابي حنيفة
وابي يوسف رح لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رح الافضل
ان تقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه
تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة قال
والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة
او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض وغيره لما
ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى
دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي رح بعد انقضاء القتال
وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا
بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل
منها يتم الملك فينقطع شركة المدد قال ولا حق لاهل
سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي
رح في احد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلم الغنيمة لمن شهد الوقعة
ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على
قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال
فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما
رواه موقوف على عمر رح او تاويله ان يشهدها على قصد القتال و
ان لم تكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين
قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها

قال رضي الله عنه هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط
رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا
وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم
وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان
للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء
اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة
ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص
ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لانه لا ملك قبلها
وفيه خلاف الشافعي رح وقد بينا الاصل ومن مات من الغانمين
في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها
الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا
ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رح
من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده
وقد بيناه ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب وياكلوا ما
وجدوه من الطعام قال رضي الله عنه ارسل ولم يقيده
بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الاخرى وجه الاولى
انه مشترك فلا يباح الانتفاع به الا للحاجة كما في الثياب والدواب
وجه الاخرى قوله عليه السلم في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا
تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان
الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة
منقطعة فبقي على اصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستصحبه
فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم
يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام
كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالزيت والسمن قال
ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا

به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح
كل ذلك بلا قسمة وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد
بيناه ولا يجوز ان يبيعوا شيئا من ذلك ولا يتمولونه لان البيع
يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار
كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعونه
بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه
احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة واما الثياب
والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك
الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب
والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه اولى
وهذا لان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان اولى
بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فانه اذا
احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم
في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة
اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم معناه في
دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق
واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده
لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية
اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم
او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على الدار
فعقاره فيء وقال الشافعي رح هو له لانه في يده
فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ
هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي
حنيفة وابي يوسف الآخر وفي قول محمد رح وهو قول ابي يوسف
رح الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا يثبت

على العقار عندهما وعند محمد يثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية
لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رح هو يقول
انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل
للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك
واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من
عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم
وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده
ليست محترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي
حنيفة رح وقال محمد لا يكون فيئا قال العبد رح كذا
ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في الجامع شرح الصغير قول
ابي يوسف مع قول محمد رح لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت
معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك
بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها
ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة
التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه
خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليس في يده حكما فلم
يثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا
من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة
باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل
الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى
الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي رح مثل قولنا وعنه انه
لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة
وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا
بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان
كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين

ان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم ان كان لم
يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه
لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه **فصل** في كيفية
القسمة **قال** ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله
تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم الاربعة الاخماس بين
الغانمين لانه عليه السلام قسمها ثم للفارس سهمان وللراجل سهم
عند ابي حنيفة رح وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي
رح لما روى ابن عمر رض ان النبي عليه السلام اسهم للفارس
ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه
على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات
لا غير ولابي حنيفة رح ما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي
عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه
فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل
سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رض ان النبي عليه السلام قسم للفارس
سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر
من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم
ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على
سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد
فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد **وقال**
ابو يوسف رح يسهم لفرسين لما روي ان النبي عليه السلام اسهم
لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس
قاد فرسين فلم يسهم رسول الله الا لفرس واحد ولان القتال لا
يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى
القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وما
رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في
الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله و
عدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف
اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون
اصبر والين عطفا ففي كل منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل
دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا
فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي رح على عكسه
وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح في الفصل الثاني انه
يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة و
عنده حال انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال
الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعلق
الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر
تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها
قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها
ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه
حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه
ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة
فارسا وراجلا ولو دخل فارسا وراجلا ولو دخل فارسا وقاتل
راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا
ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة
رح يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية
يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على
انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد
الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال
عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة

فيه إلا أنه ينظر عنه ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي
ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام لما روي أنه عليه السلام كان
لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان
باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولأن
الجهاد عبادة والذمي ليس من أهلها والمرأة والصبي عاجزان عنه
ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه إلا أنه يرضخ
لهم تحريضاً على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة
العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال
ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل لأنه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر
والمرأة يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لأنها
عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الإعانة مقام القتال
بخلاف العبد لأنه قادر على حقيقة القتال والذمي إنما يرضخ له
إذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لأن فيه منفعة للمسلمين لا
أنه يزاد على السهم في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ
به السهم إذا قاتل لأنه جهاد ولأنه ليس من أهله ولا يسوى بينه
وبين المسلم في حكم الجهاد. وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى
وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم و
يقدمون ولا يدفع إلى أغنيائهم وقال الشافعي رح لهم
خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ
الأنثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى
ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا أن الخلفاء الأربعة
الراشدين قسموه على ثلاثة على نحو ما قلنا. وكفى بهم قدوة وقال
عليه السلام يا معشر بني هاشم إن الله كره لكم غسالة الناس وأوساخهم
وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة والعوض إنما يثبت في حق من يثبت
في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام أعطاهم للنصرة لا

أنه عليه السلام قال إنهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام و
شبك بين أصابعه دل أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة
قال فأما ذكر الله في الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبركاً
باسمه وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لأنه عليه السلام
كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان عليه السلام
يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف وجارية وقال
الشافعي رح يصرف سهم الرسول إلى الخليفة والحجة عليه ما قدمنا
وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة
لما رويناه قال وبعده بالفقر قال رضي
الله عنه هذا الذي ذكره قول الكرخي رح وقال الطحاوي
سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع ولأن فيه
معنى الصدقة نظراً إلى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الأول
وقيل هو الأصح ما روي أن عمر رح أعطى الفقراء منهم والإجماع
انعقد على سقوط حق الأغنياء أما فقراؤهم فيدخلون في الأصناف
الثلاثة. وإذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن
الإمام فأخذوا شيئاً لم يخمس لأن الغنيمة هو المأخوذ قهراً وغلبة
لا اختلاساً وسرقة والخمس وظيفتها. ولو دخل الواحد والاثنان
بإذن الإمام فيه روايتان والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم
الإمام فقد التزم نصرتهم بالأمداد فصار كالمنعة. وإن دخلت جماعة
لها منعة فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الإمام لأنه مأخوذ
قهراً وغلبة فكان غنيمة ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم
كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لأنه لا يجب عليه نصرهم

فصل في التنفيل

قال ولا بأس بأن ينفل الإمام
في حالة القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلاً فله سلبه
أو يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما دفع الخمس

لأن التحريض مندوب إليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين
على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون
بغيره إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال
حق الكل فإن فعله مع السرية جاز لأن التصرف إليه وقد تكون المصلحة
فيه ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام لأن حق الغير تأكد فيه
بالإحراز **قال** إلا من الخمس لأنه لا حق للغانمين في الخمس و
إذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في
ذلك سواء **وقال** الشافعي السلب للقاتل إذا كان
من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل
قتيلا فله سلبه والظاهر أنه نصب شرعا لأنه بعث له ولأن القاتل
مقبلا أكثر عناء فيختص بسلبه إظهارا للتفاوت بينه وبين غيره
ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما
نطق به النص **وقال** عليه السلام لحبيب بن مسلمة ليس
لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك وما رواه يحتمل
نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة
العناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من
ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما
معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه وما عدا ذلك فليس
بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل
قطع حق الباقين فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام
لما مر من قبل حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له
فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف **وقال** محمد رح له أن يطأها
ويبيعها لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار
الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على

هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن
الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه إن شاء الله
تعالى فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر
أملاكهم وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها و
قال الشافعي رح لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور
ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة
الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك
دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على مالهم وهذا لأن العصمة تثبت
على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فإذا زالت المكنة
عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار
لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره إذا
صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك
العاجل فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة
فهي لهم بغير شيء وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن
أحبوا لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء
وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال
ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظرا له إلا أن في الأخذ
بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة
ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر
فيأخذه بغير قيمة وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك و
أخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن
الذي اشتراه وإن شاء ترك لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ألا ترى
أنه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه
بعرض يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت

لا ملك خاص فلهذا يأخذه بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه
قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا
كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا
ووصفا فان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام
ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذ به
من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان
الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من
الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان
الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري بمنزلة
المشترى شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما ههنا
الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم
فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم
فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثاني لان الاسر ما ورد على ملكه
وللمشتري الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ورد على
ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين
فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول
ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة
مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع
ذلك لان السبب انما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر
معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف
رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء
ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم
يملكوه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام
يده وقد زالت ولهذا لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه
ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتبار يده لتحقق

يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده
على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد
لان يد المولى باقية عليه لقيام يد اهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم
يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رح يأخذه المالك القديم بغير شيء
موهوبا كان او مشترى او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى
عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين و
تعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ
في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء
اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما
ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن
ان شاء فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ
المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه فان المولى
يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي
حنيفة رح وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة
الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي
دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وادخله في دار الحرب عتق
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق
معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا
ولابي حنيفة رح ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط
وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام
مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار
الحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو
حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي
ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله فقضى بعتقهم
وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا

مراغمًا لهولاء او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار و
اعتبار يدهم اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه
والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء
فلهذا كان اولى

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض بشيء من
اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان
فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم (اى التجار)
ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه
لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح
له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعنى التاجر فاخذ شيئا
وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح
الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به
وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل
المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا او غصب احدهما
صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على
صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية
وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم
حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل و
اما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته
مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك
ثم خرجا مستأمنين لما قلناه ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما
ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي
والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما
الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد
واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين

امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما
الامر بالرد فمراده الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم
وهو نقض العهد واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما
صاحبه عمدا او خطاء فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة
في الخطاء اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة
بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا
يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام
وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في
ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطاء لانه لا قدرة
لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها
وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا
فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطاء عند ابي حنيفة رح وقالا
في الاسيرين الدية في الخطاء والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض
الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه وامتناع القصاص
لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة رح ان بالاسر
صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما
باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم
الذي لم يهاجر الينا وخص الخطاء بالكفارة لانه لا كفارة في العمد
عندنا

فصل

واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن
ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت
عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا
الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق
المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة
والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها
الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام

قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه فاذا مكث سنة فهو
ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية
فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر و
الشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم
لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان
فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة للمسلمين فان
دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه
الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه
صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشرى فلا يصير ذميا لانه
قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك يلزمه
الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة
من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو
ذمي تصريح بشرط الوضع فتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه و
اذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت
المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر
ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام
ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة
عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود
لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او
ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما
الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا
لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد
سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط
وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك
اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان

اي على تردد واضطراب

حكمه الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده قال
وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف
في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي
اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي
رح فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ
الجزية وكذا عمر ومعاذ رح ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه
مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك
بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه
الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى
لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في دار
الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه
حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء
اما المراة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا
باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل و
اما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام
ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق
ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين
فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار
فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين
اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو
له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المراة
واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر
معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم الحربي في دار
الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء
عليه الا الكفارة في الخطا وقال الشافعي رح تجب الدية

في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود
العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة
اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة
كمال فيه لكمال الامتناع به فتكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به
الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن
فتحرير رقبة مؤمنة الاية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف
الفاء او لكونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمي
لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض
والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان
التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس
لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس
تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة
بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة
لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من اهل دارهم
حكما لقصدهما الانتقال اليها ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او
قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام
وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس
المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له
وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان
النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان
قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له قوله
وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود
عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسألة من القود فلهذا كان
له ولاية الصلح على المال وليس له ان يعفو لان الحق للعامة و
ولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

ارض العرب كلها ارض عشر وهي ما بين العذيب الى اقصى حجر
باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهي ما بين
العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى
عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج
من ارض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت
في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها على
الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام
او السيف وعمر رض حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر
من الصحابة رض ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت
الصحابة رض على وضع الخراج على الشام قال وارض
السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام
اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها و
على رؤوسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد بيناه من
قبل قال وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة
وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف
على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف
حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها
فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء
التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا
هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة فاقر
اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى
ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من
هذا فان رسول الله فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج
وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار

فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها
عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها
بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج قال
ومن احيا مواتا فهو عند ابي يوسف معتبر بحيزها فان كانت من حيز
ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض
العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رح
لان حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى
يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر
وكان القياس في البصرة ان يكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج
الا ان الصحابة رح وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال
محمد رح ان احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها
او بماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي
عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار
التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي
خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن
توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان
السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي وضعه عمر رح
على اهل السواد من كل جريب بلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع
ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل
والنخل المتصل عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رح فانه بعث
عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا
فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا و
كان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان
المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب
بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها

وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال وما سوى
ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها
بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رح وقد اعتبر الطاقة
في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان
يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف
لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها
حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم
في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر
الطاقة من اي شيء كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام
فالنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا يرى الى قول عمر رح
لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا
لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند
زيادة الريع فيجوز عند محمد رح اعتبارا بالنقصان وعند ابي
يوسف لا يجوز لان عمر رح لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة قال وان
غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة فلا
خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر
في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء او يدار الحكم على
الحقيقة عند خروج الخارج قال وان عطلها صاحبها
فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من
انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو
الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا تجترئ الظلمة
على اخذ اموال الناس ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج
على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن
ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي
ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رح اشتروا

التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة صح

أرض الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ
الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من أرض
الخراج وقال الشافعي رح يجمع بينهما لأنهما حقان
مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا
قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولأن أحدا
من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بإجماعهم حجة ولأن
الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم
أهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب
الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقا
وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان إلى الأرض وعلى هذا الخلاف
الزكاة مع أحدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لأن عمر
رض لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لأنه لا يتحقق عشرا إلا بوجوبه
في كل خارج

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فيتقدر بحسب
ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم بني
نجران على ألف ومائتي حلة ولأن الموجب هو التراضي فلا يجوز
التعدي إلى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا
غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر
الغنا في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منه في كل شهر
أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما في كل شهر
درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما
وهذا عندنا وقال الشافعي رح يضع على كل حالم
دينارا أو ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله
عليه السلام لمعاذ رض خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله
معافر من غير فصل ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل حتى
لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان و
هذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان
وعلي رض ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ولأنه وجب
نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض وهذا
لأنها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت
بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما ذكره محمول على أنه كان
ذلك صلحا وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى
من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله
الجزية على المجوس قال وعبدة الأوثان من العجم وفيه
خلاف الشافعي رح هو يقول إن القتال واجب لقوله تعالى
وقاتلوهم إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب
وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الأصل ولنا أنه يجوز
استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل
على سلب النفس منهم فإنه يكتسب ويؤدي إلى المسلمين ونفقته في
كسبه وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم في
الجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا
المرتدين لأن كفرهما قد تغلظ أما مشركو العرب فلأن النبي
عليه السلام نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في
حقهم أظهر وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعدما هدي للإسلام
ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف
زيادة في العقوبة وعند الشافعي رح يسترق مشركو العرب وجوابه
ما قلنا وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لأن أبا بكر استرق
نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن
لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها
وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان

لعدم الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى وكذلك
المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف رح انه يجب اذا كان
له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له راي قال ولا على
فقير غير معتمل خلافا للشافعي رح له اطلاق حديث معاذ رح
ولنا ان عثمان رح لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان بمحضر من
الصحابة رض ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا
هذا الخراج والحديث محمول على الفقير المعتمل ولا يوضع على المملوك و
المكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة
في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك ولا يؤدي عنهم
مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا يوضع على الرهبان الذين
لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن ابي حنيفة رح انه يوضع
عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف وجه الوضع
عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض
الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون
الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا
ويكتفي بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذا
اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما له انها وجبت بدلا عن
العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض
بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه
السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى
جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام
بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر
وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في
حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت لكونه
آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة

والسكنى فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير و
من لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى
لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يؤخذ منه وان مات عند
تمام السنة اما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض
على هذا الخلاف وقيل لا تتداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية
ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها
تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما
اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رح انها وجبت عقوبة
على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد
نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض
منه قاعد وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية
يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت ولانها
وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في
المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا
لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه
ثم قول محمد رح في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله
بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة
فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى
على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رح باول الحول فيتحقق الاجتماع
بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي
رح في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا
في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناها
في اوله فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار
الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد
احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية

لا يبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم
لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها
بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا
في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر
فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك
في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب
في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون
من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة
العرب ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم و
سروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي
الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب
على السروج التي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا
للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي
يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة
فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة
يجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار
من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم
عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات
كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا
ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع
المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذ السروج بالصفة التي تقدمت
ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع
من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينقض
عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها
والالتزام باق وقال الشافعي رح سب النبي عليه السلام

يكون

يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف
عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه
فالطارئ لا يرفعه **قال** ولا ينتقض العهد الا ان
يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا
علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا نقض
الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق
بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف
المرتد **فصل** ونصارى بني تغلب يؤخذ من اموالهم
ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رض صالحهم على ذلك
بمحضر من الصحابة ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح
على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا
المضاعف **وقال** زفر رح لا يؤخذ من نسوانهم ايضا
وهو قول الشافعي لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رض هذه
جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على
النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله
عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك
لا يختص بالجزية الا يرى انه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى
التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي و
قال زفر رح يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى
القوم منهم الا يرى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة
ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا يوضع الجزية
على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات
تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني
حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها انما الغنى مانع و
لم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لان

صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه. وما جباه الإمام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم لأنه مال بيت المال فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال. ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لأنه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت. وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي.

باب أحكام المرتدين

وإذا ارتد المسلم عن الإسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له شبهة كشفت عنه لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره بأحسن الأمرين إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته. قال: ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم وإلا قتل. وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام فإن أبى قتل وتأويل الأول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرناه بالثلاث. ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم. ولا فرق بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل. وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام لأنه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل

إليه كفاه لحصول المقصود. قال: فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية هاهنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لأن الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب. قال: وأما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم. وقال الشافعي تقتل لما رويناه ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث إنها جناية متغلظة فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها. ولنا أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وإنما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية. قال: ولكن تحبس حتى تسلم لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه بالحبس كما في حقوق العباد. وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة والأمة يجبرها مولاها. أما الجبر فلما ذكرناه ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين. ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الإسلام. ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالا مراعى فإن أسلم عادت على حالها. قالوا هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه لأنه مكلف محتاج فإلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص. وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا قتل إلا بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم وصار كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب. وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه. قال: وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه

في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته
فيئا وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا كلاهما لورثته قال
الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر
ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين
بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى
ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم
ولابي حنيفة رح انه يمكن الاسناد في كسب الاسلام لوجوده قبل
الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه
وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى
وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا للاستناد وعنه انه
يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل
يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث
عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث
قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه
امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان
كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها
فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها
المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة
لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد
قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه
عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما
اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين قال
الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه
الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم
اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة

عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي فلا
بد من القضاء واذا تقرر موته ثبت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها
كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح
لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال قال
ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا
لحقت بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون التي لزمته في حال
الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من
الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رح وهذا
رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف
بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق
بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب
الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في
تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه
حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق
المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان
اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه
من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون
ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا
وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه
فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى
من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف
ومحمد رح يقضى دينه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث
فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او
رهنه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان
اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بطلت وهذا عند

ابي حنيفة رح وقالا يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات
المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه
لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح
والذبح لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة
لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف
في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ
الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه
قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة
لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت
لا يرثه فيصح تصرفاته الا ان عند ابي يوسف تصح كما يصح من الصحيح لان
الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة
وعند محمد رح تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما
معرضا عما نشأ عليه قل ما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف
المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رح انه حربي مقهور تحت
ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه
وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر يتوقف تصرفاته
لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة
في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد
لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها حربية
ولهذا لا تقتل فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام
مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث
انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه
بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده
ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما
قبل ان يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلما لما ذكرنا واذا وطئ

المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد
لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد
حر وهو ابنه ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان
مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا و
اما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد تبع له لقربه الى
الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا
كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد
واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان
لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال
فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث
والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث
مالكا قديما واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه
فكاتبه ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد
الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ
فجعلنا الوارث الذي يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق
العقد ترجع فيه الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه واذا قتل
المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال
اكتسبه في حالة الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا الدية في ما
اكتسبه في الاسلام والردة لان العواقل لا يعقل المرتد لانعدام
النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته
في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب
في الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه
ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده واذا قطعت
يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك
او لحق ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في

مالًا للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر قد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حيوة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال وان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطعت يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة في بقاء حال الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة رح فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا يرى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى بطريق الاولى واذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب فولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد و

روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية للقرابة قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رح اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رح اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتنى عليه غيرها فلا يبالى بشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد رح انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا رح فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر

يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدءوه فان بدءوه قاتلهم
حتى يفرق جمعهم قال رضي الله عنه هكذا ذكر
القدوري في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهرزاده ان
عندنا يجوز ان نبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال
الشافعي رح لا يجوز حتى يبدءوا بالقتال حقيقة لانه لا يجوز
قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر
مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع
وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار
على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح
ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن
ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن
ابي حنيفة رح من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة
الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة فان كانت لهم
فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم و
ان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع
الشر دونه وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك في
الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا وجوابه ما ذكرنا
ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا تسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال
لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل لا يقتل اسير ولا نكشف ستر
ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير
تأويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وان
شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس و
المال ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه و
قال الشافعي رح لا يجوز والكراع على هذا الخلاف
له انه مال المسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه ولنا ان عليا رح

قسم السلاح فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك
ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال
الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى ويحبس
الامام اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها
عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر
شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع
الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر واما الرد بعد التوبة فلاندفاع
الضرورة ولا استغنام فيها قال وما جباه اهل
البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام
ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه
في حقه اجزى من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا
صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك
لانه لم يصل الى مستحقه قال رضي الله عنه قالوا لا
اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارف وان كانوا
اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه
في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته
ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم
شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا
كالقتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر
رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله
اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع
ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا
فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الآن على حق
ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يرث الباغي

في الوجهين وهو قول الشافعي رح وأصله ان العادل اذا أتلف
نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفعا
لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم
وقال الشافعي رح في القديم انه يجب وعلى هذا
الخلاف اذا تاب المرتد وقد أتلف نفسا او مالا له انه أتلف مالا
معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة
ولنا اجماع الصحابة رواه الزهري ولانه أتلف عن تأويل فاسد
والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في
منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا لان الاحكام لا تثبت الا بالالتزام
او بالالزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا الزام لعدم
الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل
ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع اذا
ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولأبي يوسف في قتل الباغي العادل ان التأويل الفاسد انما يعتبر
في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث ولهما فيه ان
الحاجة الى دفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد
فيه الا ان من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل
لم يوجد الدافع فيجب الضمان قال ويكره بيع السلاح
من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه
بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة بأس لان الغلبة
في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا
يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب
وعلى هذا الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه
لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال

اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الحرية
ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي
ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد
الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا
كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا
ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية قال
فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له
لسبق يده فاذا ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع
الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه
يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه
لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال
يد الملتقط وقيل يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل
يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد
عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده
فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم
يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت
دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا
اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من
امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت
نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب و
هو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت
دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل
الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا
كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذا
المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب

اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر
الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح لقوة اليد الا يرى ان
تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما
يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن
ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة
انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان
حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك
والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا
لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له
اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة هو عليها لما
ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي
ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا
وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه
من الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من
القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرفه في
مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال
وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل
منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه
الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال
ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال
ويؤاجره قال رح وهذا رواية القدوري في مختصره
وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الاصح
وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف
منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية
ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها
على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو
الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا
واذا كان كذلك لا يكون مضمونا عليه وكذلك اذا تصادقا انه
اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كالبينة ولو
اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير
اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ
اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر
شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب
الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه
وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان
الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان
يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او
اكثر لانه اسم جنس قال فان كانت اقل من عشرة
دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا
قال رضي الله عنه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح
وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول
من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي
رح لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل
وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار
تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق
القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها
في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون
العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأي المبتلى به و

قيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي
الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك
ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان
يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي
الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة
شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه
اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه
لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها
والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان
وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو
الثواب على اعتبار اجازة التصدق بها وان شاء امسكها رجاء
الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها يعني بعد
ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها
لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على
اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام
المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن
الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع
وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة
المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله
بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال
ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير قال مالك
والشافعي رح اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل
وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة
والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل
الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب الى الترك ولنا

انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال
الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو
متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك
دينا على صاحبه لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد
يكون النظر في الانفاق على ما نبين ان شاء الله تعالى واذا رفع ذلك
الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من
اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك
يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة
قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه
صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة
دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما
يامر بالانفاق يومين او ثلثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها
فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان دارة النفقة مستاصلة فلا نظر في
الانفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه وفي الاصل
شرط اقامة البينة وهو صحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا
يامر فيه بالانفاق وانما يامر في الوديعة فلا بد من البينة لكشف
الحال وليست تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له
انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان
صادقا ولا ترجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة
دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر
ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية
وهو الاصح قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط
ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد
الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له
الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في

يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير
بالحبس شبيه الرهن. قال: ولقطة الحل والحرم سواء.
وقال الشافعي رح يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها
لقوله عليه السلام في الحرم ولا تحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله
عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل
ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك
من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط
الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان
انه للغرباء ظاهرا. واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه
حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها
اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء. قال: مالك والشافعي
رح يجبر والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها
لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط
الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم
المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق
الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة
العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها و
عددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله
عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان
يدفعها اليه استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه
بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر على
الدفع كالوكيل بقبض الوديعة وقيل يجبر لان المالك ههنا غير
ظاهر والمودع مالك ظاهر ولا يتصدق باللقطة على غني لان
المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها
فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة

فان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها. قال: الشافعي
رح يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي رح فان جاء صاحبها فادفعها
اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا
له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير
فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة
للفقير بما رويناه او بالاجماع فبقي ما وراءه على الاصل والغني
محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد
يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي رح كان باذن الامام
وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما
فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره و
كذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الاباق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال
فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك
ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على
حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو دفع
الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال
قال: ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام
فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك
فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط
وهو قول الشافعي رح لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال
ولنا ان الصحابة رض اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من
اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة
السفر وما دونها فيما دونها توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل
اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة اموال الناس و

التقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة
الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر
الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأي
القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة
السفر قال: وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى
له بقيمته الا درهما قال رح وهو قول محمد رح وقال
ابو يوسف له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا
ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل
لانه حط منه ولمحمد ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك
فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في
هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء
ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف
القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين
على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم
اطلاق الكتاب قال: وان ابق من الذي رده فلا
شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في
اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ انه لا
شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك ولهذا كان
له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء
الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما
لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه
من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع
من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز قال
وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه
عليه على قول ابي حنيفة رح ومحمد رح حتى لو رده من لم يشهد وقت

الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه
وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه
لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له
الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهنا فالجعل على
المرتهن لانه احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل
بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة الراهن وبعده سواء
لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل
منه وان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه
بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء
وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ
بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف
فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء
لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختاروا الدفع لعودها اليهم و
ان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد
لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف
فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه و
ان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب
القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب
ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي
والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله
يستوفي حقه لاخفاء انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من
غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في
حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار

او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل
بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف فانما الخلاف
في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن
الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي و
قضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي
لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا
يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له
على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة و
هو ممكن **قال** : وينفق على زوجته واولاده من ماله
وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد
والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء
القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون
اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه
من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء
على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار
والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال
والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في
المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة
وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة
كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة
او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة
والدين والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند
القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما
ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار
بما ليس بظاهر وهذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من

عليه

عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه
ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي
لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين
اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي
النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت
حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر
للمفقود **قال** : ولا يفرق بينه وبين امرأته و
قال مالك رح اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي
بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت
لان عمر رض هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به
اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي
مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار
منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين و
لنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها
البيان وقول علي رض فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين
موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان
النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال
فلا يزال النكاح بالشك وعمر رض رجع الى قول علي رض ولا معتبر
بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان
موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قلما
تنحل بعد استمرارها سنة **قال** : واذا تم له مائة
وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته **قال** رضي الله
عنه رواية الحسن رح عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر المذهب يقدر
بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدر
بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر

بتسعين وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك
الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه
مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات
قبل ذلك لم يرث منه لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت
حياته معلومة ولا يرث المفقود من أحد مات في حال فقده لأن
بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في
الاستحقاق وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي ثم الأصل أنه
لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل
النصيبين ويوقف الباقي وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى
أصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابني ابن وبنت
ابن والمال في يد الأجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان
الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا
يعطى ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون
الميراث بالشك ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة
ونظير هذا الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى
ولو كان معه وارث آخر إن كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل
يعطى كل نصيبه فإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وإن كان ممن
يتغير به يعطى الأقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية
المنتهى بأتم من هذا.

كتاب الشركة

الشركة جائزة لأنه عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم
عليه. قال: الشركة ضربان شركة أملاك وشركة
عقود فشركة الأملاك العين يرثها رجلان أو يشتريانها فلا
يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما
في نصيب صاحبه كالأجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في
الكتاب كما إذا اتهب الرجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط
مالاهما من غير صنع أحدهما أو خلطاهما خلطا يمنع التمييز رأسا
أو إلا بحرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور
ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه
لا يجوز إلا بإذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني
شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهما
شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه أن يكون التصرف
المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف
مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي على أربعة أوجه
مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فأما شركة
المفاوضة فهو أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما
ودينهما لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما
أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المساواة قال
قائلهم: لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا
أي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك
في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح
الشركة فيه وكذا في التصرف لأنه لو ملك أحدهما تصرفا لا يملكه
الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين إن شاء الله تعالى
وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز
وهو قول الشافعي رح وقال مالك لا أعرف
ما المفاوضة ووجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة
لمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد ووجه الاستحسان قوله عليه السلام
فاوضوا فإنه أعظم للبركة وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير
وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا
تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى
لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لأن المعتبر هو المعنى

ويجوز بين الكبيرين الحرين مسلمين أو ذميين لتحقق التساوي وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا يجوز أيضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما إلا بإذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فإنها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدي إلى الجائز من العقود ولهما أنه لا تساوي في التصرف فإن الذمي لو اشترى برأس المال خمورا أو خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطه ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان إذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما قال وتنعقد على الوكالة والكفالة أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بينا والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الإدام لأن مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس

أن يكون على الشركة لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء المشتري بالأصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما أدى لأنه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رح وقالا لا يلزمه لأنه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض والكفالة بالنفس ولأبي حنيفة رح أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفاوضة وبالنظر إلى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنه تبرع ابتداء وانتهاء وأما الإقراض فعن أبي حنيفة رح أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل فلا يتحقق المعاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة رح لأنه معاوضة انتهاء قال وإن ورث أحدهما مالا يصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت الشركة عنانا لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه إلا أنها تنقلب عنانا للإمكان فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وإن ورث أحدهما عرضا فهو

ولا يفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط
المساواة فيه

فصل

ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم و
الدنانير والفلوس النافقة قال مالك يجوز بالعروض
والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على رأس
مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها
لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي
الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل
الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم
يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه
في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف
في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان
يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله
على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة
فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رح
لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع
الاثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف
فلا يجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة
وتصير سلعة ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس و
اظهر وعن ابي حنيفة صحة المضاربة بها قال ولا يجوز
بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة
بهما هكذا ذكر في الكتاب وذكر في الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة
بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة
يتعين بالتعيين فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات
وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ
العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال

فيهما وهذا لما عرفنا انهما خلقتا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح
لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص
لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها
ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال
ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي
المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه
وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف و
الشركة شركة ملك لا عقد وعند محمد يصح شركة العقد وثمرة
الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل
في الربح وظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه يتعين بالتعيين
بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها
دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين
بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو
اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد
الشركة بهما بالاتفاق والفرق لمحمد رح ان المخلوط من جنس واحد
من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتمكن الجهالة كما
في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب
القضاء قال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل
واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة قال
رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا ان العرض لا يصلح رأس مال
الشركة وتأويله اذا كانت قيمة متاعيهما على السواء ولو كان بينهما
تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة قال
واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهو ان يشترك
اثنان في نوع بز او طعام او يشتركا في جميع التجارات ولا يذكران
الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد

على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عنّ كذا اي اعترض
وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى
اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ
المساواة ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح قال
زفر والشافعي رح لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم
يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة
يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر راس المال ولان الشركة عندهما
في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار بمنزلة نماء الاعيان
فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عليه السلام الربح على ما
شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق
بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق و
اهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة
الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد
به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى
بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث
انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان
فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان و
بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال
ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان
المساواة في المال ليست بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح
الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا
ومن جهة احدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من احدهما دراهم
بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي رح لا
يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا
يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى

قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه
دون الآخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو
الاصل في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه
معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد
من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة
لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع
يمينه قال فاذا هلك مال الشركة او احد المالين
قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة
المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل
العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين
الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر
فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه
في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته
فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان
هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف
ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك
من المالين قال وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء
فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا
بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر
بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رح خلافا للحسن بن زياد
حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا
ينتقض بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه
بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه
وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال
الآخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا

بالوكالة في عقد الشركة فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا
لأن الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا
بحكم الوكالة وتكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما
بينا. وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى
الذي اشتراه خاصة لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي
تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح
بالوكالة لأنها مقصودة. قال: وتجوز الشركة وان لم
يخلطا المال وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لأن
الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الأصل
وانه بالخلط وهذا لأن المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط
تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لأنها ليست بشركة وانما هو عمل
لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما ههنا بخلافه وهذا اصل
كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل
في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال
لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون
المال لأن العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه
فلم يكن الخلط شرطا ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد
الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لأنه في النصف اصيل وفي
النصف وكيل واذا تحققت الشركة بالتصرف بدون الخلط تحققت
في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد
الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل. قال:
ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح لأنه شرط
يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لأحدهما و
نظيره في المزارعة. قال: ولكل واحد من المفاوضين
وشريكي العنان ان يبضع المال لأنه معتاد في عقد الشركة ولأن له

ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودع
لأنه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا. قال: ويدفعه مضاربة
لأنها دون الشركة فيتضمنها وعن ابي حنيفة رح انه ليس له ذلك
لأنه نوع شركة والأول اصح وهو رواية الأصل لأن الشركة غير مقصود
وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى لأنه تحصيل
بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لأن الشيء لا
يستتبع مثله. قال: ويوكل من يتصرف فيه لأن التوكيل
بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف
الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه
تحصيل العين فلا يستتبع مثله. قال: ويده في المال
يد امانة لأنه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة
فصار كالوديعة. قال: واما شركة الصنائع وتسمى
شركة التقبل فالخياطان والصباغان يشتركان على ان يتقبلا
الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا. وقال
زفر والشافعي رح لا يجوز لأن هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير
لأنه لا بد من رأس المال وهذا لأن الشركة في الربح تبتني على الشركة
في المال على اصلهما على ما قررناه. ولنا ان المقصود منه التحصيل و
هو ممكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف
تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان
خلافا لمالك وزفر فيهما لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا
يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا
يجوز لأن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز
العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه
لا يأخذه ربحا لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال
عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر

بقدر ما قوم به ولا يجوز بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق
والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة
قال: وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه و
يلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر و
يبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها
استحسان والقياس خلافه ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة
مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان
الا يرى ان ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر ولهذا يستحق
الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل و
اقتضاء البدل قال: واما شركة الوجوه فالرجلان
يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة
على هذا سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس
وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال
واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا
خلافا للشافعي رح والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة
التقبل قال: وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه
لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية
فتعين الوكالة فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك
ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما
اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال و
بالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل و
الاستاد الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق
بما سواها الا يرى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي
ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه
بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان

الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة
والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان
كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها

فصل في الشركة الفاسدة

قال: ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد
منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ
كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ
المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا
يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان
اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان
اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه
الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله
الآخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رح وعند ابي يوسف رح
لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال:
واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء و
الكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر
مثل الراوية ان كان صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه
اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو
الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز و
هو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد
فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال
ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره
كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية
وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال واذا مات احد
الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن
الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت

وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت
على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما اذا علم الشريك بموت صاحبه او
لم يعلم لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما
اذا فسخ احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل
قصدي **قال** وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة
مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد
منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن
علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن
اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل
واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الخلاف فالمأمور باداء الزكوة
اذا تصدق على الفقير بعدما ادى الآمر بنفسه لهما انه مأمور
بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه
التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في
وسعه وصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال
الاحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم او لا ولابي حنيفة رح انه
مأمور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان
المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا
يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداءه وعري
اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما
دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق
ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول
الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه
دون دم الاحصار **قال** واذا اذن احد المتفاوضين
لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند
ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه

فاظ

خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى
الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن بمقابلة
الملك ولهذا ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى
الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن
يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته
بالبيع لما بينا انه خلاف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في
ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة
فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال
الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع ان يأخذ
بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة
تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف
عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد
وقفت داري على كذا **وقال** ابو يوسف يزول الملك بمجرد
القول **وقال** محمد رح لا يزول حتى يجعل للوقف وليا
ويسلمه اليه **قال** رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس
يقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة
رح حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية
ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف
اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه
غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله
فيزول ملك الواقف عنه الى الله على وجه تعود منفعته الى العباد
فيلزم ولا يباع ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما
قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له
تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولا ت

الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد
امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير
في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله
عليه السلام لا حبس عن فرائض الله وعن شريح جاء محمد عليه السلام
ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به
زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له
ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها
الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى
التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه
لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة
بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعله خالصا لله
تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وهاهنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم
يصر خالصا لله قال رضي الله عنه قال في الكتاب
لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في
حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في المجتهد فيه اما في تعليقه بالموت
فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة
الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم
ففيه اختلاف المشايخ رح ولو وقف في مرض موته قال
الطحاوي رح هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث و
الوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما
يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي رح بمنزلة
الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي
لان حق الله انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك
من الله وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره

فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا
صح الوقف على اختلاف فيه وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله
صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل
في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه
لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال
رضي الله عنه وقوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على
الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز عند
ابي يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا
تتمته وقال محمد لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا
ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع
الشيوع عند محمد رح ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا
في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضا عند ابي
يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة
فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه
في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال
وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند
محمد رح لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب
في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب
او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو
استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز
في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال
ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع
ابدا وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز
وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال
الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم

انقطاعها لا يتوقف عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له
كالتوقيت في البيع ولأبي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى و
هو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة ينقطع و
مرة بالصرف الى جهة يتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط
بالاجماع الا ان عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظة الوقف
والصدقة منبئة عنه لما ذكرنا انه ازالة الملك بدون التمليك
كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء
وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رح ذكر التأبيد شرط لان
هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا
فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال
ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة وقفوه ولا يجوز وقف
ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الارسال
قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة
ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض
في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا
كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد
بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى قال
محمد يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف
معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من
قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما
خالد فقد حبس ادرعا وافراسا له في سبيل الله وطلحة رضي الله عنه
حبس دروعه في سبيل الله ويروى واكراعه والكراع الخيل ويدخل
في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها
وعن محمد رح انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس
والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل و

المصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص و
النص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رح يقول القياس
قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء
وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان
كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار
على قول محمد رح وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا قال
الشافعي رح كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز
وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان
الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير
بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على
اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان
معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال
واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف
فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا
واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير
المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى
الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار
مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية الى الواقف وبعد الموت
الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي
او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه
لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسِما ومقاسَما ولو كان في القسمة فضل
دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى جاز و
يكون بقدر الدراهم شراء قال والواجب ان يبتدئ
من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد
الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط

العمارة اقتضاء ولأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته
فإنها على الموصى له بها ثم إن كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم وأقرب
أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره
للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لأنه
معين يمكن مطالبته وإنما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على
الصفة التي وقفه وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنها بصفتها صارت
غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه فأما الزيادة على ذلك فليست
بمستحقة له والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر إلا برضاه
ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز
ذلك والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا
ضرورة في الزيادة. قال: وإن وقف دارا على
سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لأن الخراج بالضمان على ما مر
وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإن امتنع من ذلك أو كان فقيرا
آجرها الحاكم وعمرها بأجرتها وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى
لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم
يعمرها تفوت السكنى أصلا والأول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة
لما فيه من إتلاف ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا
يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ولا يصح إجارة
من له السكنى لأنه غير مالك. قال: وما انهدم من بناء
الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج وإن استغنى عنه
أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيها لأنه لا بد من العمارة ليبقى على
التأبيد فيحصل مقصود الواقف فإن مست الحاجة إليه في الحال صرفها
فيها وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك أوان الحاجة فيبطل المقصود
وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرف ثمنه إلى المرمة صرفا
للبدل إلى مصرف المبدل ولا يجوز أن يقسمه يعني النقض بين مستحقي

الوقف لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه إنما حقهم في المنافع
والعين حق الله فلا يصرف إليهم غير حقهم. قال: وإذا جعل
الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف رح
قال رضي الله عنه: ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل
الولاية إليه أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف رح ولا يجوز على قياس
قول محمد رح وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي رح وقيل
إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز
وقيل هي مسألة مبتدأة والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حياته
وبعد موته للفقراء وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته
للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهات أولاده ومدبريه
ما داموا أحياء فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق
وقد قيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لأن اشتراطه لهن في حياته
كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رح أن الوقف تبرع على وجه التمليك
بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض لنفسه أو الكل يبطله لأن
التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كما في الصدقة المنفذة وشرط بعض
بقعة المسجد لنفسه ولأبي يوسف ما روي أن النبي عليه السلام كان
يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا
بالشرط فدل على صحته ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله على وجه القربة
على ما بيناه فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا
لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى
خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منه
أو يدفن فيه ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه ذلك. قال
عليه السلام: نفقة الرجل على نفسه صدقة. ولو شرط الواقف أن يستبدل
به أرضا أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد رح
الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة

ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا
بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف
رح وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه
وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط
لم يكن له ولاية قال مشايخنا رح الاشبه ان يكون هذا
قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا
سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته
بشرطه فيستحيل ان لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه
ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا
يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له
لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط الولاية لنفسه وكان الواقف
غير مامون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للفقراء
كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان
ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم
الشرع فبطل

فصل

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى
يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد
زال عند ابي حنيفة عن ملكه اما الافراز فلانه لا يخلص لله الا به واما
الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد ويشترط
تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض
يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه في رواية عن
ابي حنيفة وكذا عن محمد رح لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه
وعن محمد انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد يبنى لذلك في الغالب
قال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان
التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تع
بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل

ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق
وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء
حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد
بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى
ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد وذلك يتحقق في السفل
دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه
مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف رح انه جوز في الوجهين
حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن
محمد انه حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا قال وكذلك
ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان
يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان
ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق
لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد انه لا يباع ولا يوهب ولا يورث
اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه
مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا
كما يدخل في الاجارة من غير ذكر قال ومن اتخذ ارضه
مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد
عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله
تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه
عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا
عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى
ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت
فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف رح
يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر قال
ومن بنى سقاية للمسلمين وخانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل

ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رح
لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به ويسكن في الخان
وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط
حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء
بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير
حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم
عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى الناس من
السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان
التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى
بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم
الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه و
فعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون
تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى
من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح تسليمه اليه والمقبرة في هذا
بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل هو بمنزلة
السقاية والخان ويصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح
وان كان بخلاف العادة ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله
والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في
ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة
في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع
فيها لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما
سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك
يستوي فيه الغني والفقير والفارق هو العرف بين الفصلين
فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة للفقراء وفي غيرها
التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة يشمل الغني والفقير

في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه
تم المجلد الاول قد وقع الفراغ من تتميم هذه الكتاب في يوم الجمعة
من كتاب ثالث والعشرين من شهر رمضان المبارك
الهداية سنة خمس وتسعين وتسعمائة ٩٩٥ تاريخ
من الهجرة النبوية
والحمد لله

252

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر يقول اشتريت لأن البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لأنه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة

قال: وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية

وقال الشافعي رح يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الأقوال

قال: والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع لأن بالإشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي إلى المنازعة والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الأصل

قال: ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوما لإطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه السلام أنه اشترى من يهودي طعاما إلى أجل ورهنه درعه ولا بد أن يكون الأجل معلوما لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها

قال: ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لأنه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف إليه فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف إليه تحريا للجواز وهذا إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية

قال: ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا إذا باعه بخلاف

جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد
ان يكون يدا بيد بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال
الربوا ولأن الجهالة فيه غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة
القيمة قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره و
بوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لأن الجهالة لا تفضي الى المنازعة
لما انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم
فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة
رح انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال
ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند
ابي حنيفة رح الا ان يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين
له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل
وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في
المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا
باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز
واحد عند ابي حنيفة رح للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا
اذا كيل في المجلس او سمى جملة قفزانها لأنه علم ذلك الآن فله الخيار
كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم
فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رح وكذا من باع ثوبا مذارعة
كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود
متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف الى الواحد
لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت
وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة
فيه وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق قال ومن ابتاع
صبرة على انها مائة قفيز بمائة فوجدها اقل كان المشتري بالخيار
ان شاء اخذ الموجود بحصته وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة

عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لأن
البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف قال
ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة
ذراع بمائة فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة
الثمن وان شاء ترك لأن الذرع وصف في الثوب الا يرى انه عبارة
عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان
فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لأن المقدار يقابله
الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير
المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذراع الذي سماه فهو
للمشتري ولا خيار للبائع لأنه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا
فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع بمائة كل ذراع
بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها
من الثمن وان شاء ترك لأن الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا
بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب واحد وهذا لانه لو
اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة
فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع
لأنه ان حصل له الزيادة في الذراع تلزمه زيادة الثمن فكان
نفعا يشوبه الضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار
اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة
اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رح
وقالا هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم
جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة
اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع و
هو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق
عند ابي حنيفة رح بين ما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح

خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة. ولو اشترى عدلا على أنه
عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو
الثمن. ولو بين لكل ثوب ثمنا على حدة جاز في فصل النقصان بقدره
وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة. وقيل عند
أبي حنيفة رح لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف
ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروي حيث
لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروي
شرطا للعقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في
المعدوم فافترقا. ولو اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع
كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف **قال**
أبو حنيفة رح في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه
الثاني يأخذه بتسعة إن شاء. **وقال** أبو يوسف رح في
الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء وفي الثاني بعشرة إن شاء.
وقال محمد رح في الوجه الأول يأخذه بعشرة ونصف
إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لأن من ضرورة مقابلة
الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمهما. ولأبي يوسف
أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد
انتقص. ولأبي حنيفة رح أن الذراع وصف في الأصل وإنما أخذ حكم
المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل.
وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد
على المشروط لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا
يجوز بيع ذراع منه.

فصل

ومن باع دارا دخل
بناؤها في البيع وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة و
البناء في العرف ولأنه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له. ومن باع
أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه لأنه متصل به للقرار

فأشبه البناء. ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه متصل
به للفصل فشابه المتاع الذي فيه. ومن باع نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمره
للبائع إلا أن يشترط المبتاع لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى
أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع ولأن الاتصال
وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع. ويقال للبائع
اقطعها وسلم المبيع. وكذلك إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري
مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما إذا كان فيه
متاع. **وقال** الشافعي رح يترك حتى يظهر صلاح الثمر
ويستحصد الزرع لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد وفي العادة
أن لا يقطع وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع.
قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض يوجب
تسليم المعوض. ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في
الصحيح ويكون في الحالين للبائع لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على
ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر. وأما إذا بيعت الأرض و
قد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لأنه مودع فيها كالمتاع.
ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكأن
هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل.
ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما. و
لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها أو قال من
مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وإن لم يقل من حقوقها أو مرافقها
دخلا فيه. أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل
إلا بالتصريح به. **قال** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها أو قد
بدا جاز البيع لأنه مال متقوم إما لكونه منتفعا به في الحال أو في الثاني.
وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها والأول أصح. وعلى المشتري
قطعها في الحال تفريغا لملك البائع. وهذا إذا اشتراها مطلقا أو

بشرط القطع وإن شرط تركها على النخل فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب له الفضل وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وإن تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وإن اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الإذن معتبرا بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه. قال

ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالا معلومة خلافا لمالك لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلا معينا لأن الباقي معلوم بالمشاهدة. قال رح قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه. قال ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الأرز والسمسم

الشافعي رح لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول عنده وله في بيع الحنطة في السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن من العاهة ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع بينهما كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه يجوز وفي مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضا لشبهة الربوا لأنه لا يدرى قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح أغلاقها لأنه تدخل فيه الأغلاق لأنها مركبة فيه للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا ينتفع به بدونه. قال

وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا بيع مكايلة فكذا على هذا أجرة الوزان والزراع والعداد وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لأن النقد يكون بعد التسليم ألا يرى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره أو ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه. قال وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم. قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة. قال ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في

المتعينين فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري و
لهما الخيار ثلثة أيام فما دونها والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ
ابن عمرو الأنصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال
له النبي صلى الله عليه وسلم إذا بايعت فقل لا خلابة ولي
الخيار ثلثة أيام ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة رح وهو قول
زفر والشافعي رحمهما الله وقالا يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث
ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار إنما شرع للحاجة
إلى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل
في الثمن ولأبي حنيفة رح أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو
اللزوم وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر
على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة إلا أنه إذا أجاز في الثلث
جاز عند أبي حنيفة رح خلافا لزفر هو يقول أنه انعقد فاسدا فلا
ينقلب جائزا وله أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما إذا
باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع فإذا
أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل إن العقد يفسد
بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد
بحذف الشرط وهذا على الوجه الأول ولو اشترى على أنه إن لم
ينقد الثمن إلى ثلثة أيام فلا بيع بينهما جاز وإلى أربعة أيام لا يجوز
عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف وقال محمد يجوز إلى أربعة
أيام أو أكثر فإن نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والأصل فيه
أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند
عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر أبو
حنيفة رح على أصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلثة وكذا محمد
في تجويز الزيادة وأبو يوسف رح أخذ في الأصل بالأثر وفي

هذا بالقياس وفي هذه المسألة قياس آخر وإليه مال زفر وهو أنه
بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها
فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا
قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام
هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك
المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع ولو قبضه المشتري و
هلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان
موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه
القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا
بالبيع الصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك
البائع لأن البيع في جانب الآخر لازم وهذا لأن الخيار إنما يمنع
خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرا له دون الآخر
قال إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة رح وقالا
يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون
زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولأبي حنيفة رح أنه لما
لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان
في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة
تقتضي المساواة ولأن الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف
على المصلحة فيه ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان
قريبه فيفوت النظر فإن هلك في يده هلك بالثمن وكذا إذا دخله
عيب بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق أنه إذا دخله
عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد
قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لأن بدخول العيب لا يمنع الرد
حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف
قال ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلثة أيام لم يفسد النكاح لأنه لم

يملكها لما له من الخيار، وإن وطئها له أن يردها لأن الوطء بحكم
النكاح إلا إذا كانت بكراً لأن الوطء ينقصها، وهذا عند أبي حنيفة رح
وقالا يفسد النكاح لأنه ملكها، وإن وطئها لم يردها لأنه وطئها بملك
اليمين فيمتنع الرد وإن كان ثيباً، ولهذه المسئلة أخوات كلها تبتنى
على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه، منها عتق المشتري
على المشتري إذا كان قريباً له في مدة الخيار، ومنها عتقه إذا كان
المشتري حلف إن ملكت عبداً فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشتريت
لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار، ومنها أن حيض
المشتراة في المدة لا يجتزى به من الاستبراء عنده، ولو ردت بحكم
الخيار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده، وعندهما يجب إذا رد
بعد القبض، ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير
أم ولد له عنده خلافاً لهما، ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن
البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال
البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده، وعندهما من مال
المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك، ومنها لو كان المشتري
عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره عنده
لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه، وعندهما بطل خياره
لأنه لما ملكه كان الرد تمليكاً منه بغير عوض وهو ليس من أهله، ومنها
إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما
لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم، وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها
فلا يتملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم. ومن شرط له الخيار فله أن
يفسخ وله أن يجيز، فإن أجازه بغير حضرة صاحبه جاز، وإن فسخ لم يجز
إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال
أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي، والشرط هو العلم وإنما كنى
بالحضرة عنه، له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه ولا يتوقف على

علمه كالإجازة، ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع، ولهما
أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لأنه
عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة
بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب لسلعته مشترياً فيما
إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار
كعزل الوكيل بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه، ولا نقول إنه مسلط
فكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه
المسلط، ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ
لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل
الفسخ. وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته وقال
الشافعي رح يورث عنه لأنه حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الإرث
كخيار العيب والتعيين، ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور
انتقاله، والإرث فيما يقبل الانتقال، بخلاف خيار العيب لأن المورث
استحق المبيع سليماً فكذا الوارث، فأما نفس الخيار لا يورث، وخيار
التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث
الخيار. قال: ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره
فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض، وأصل هذا أن اشتراط الخيار
لغيره جائز استحساناً، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله
لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط
الثمن على غير المشتري، ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق
النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً
لتصرفه، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز
وأيهما نقض انتقض، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده
في زمان لا يزاحمه غيره فيه، ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر
تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى، وجه الأول أن تصرف

العاقد فكان أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه ووجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الأول قول محمد رح والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رح يعتبر تصرف الموكل وأبو يوسف رح تصرفهما

ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع والمسألة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا الشرط غير مفسد للعقد لكونه محلا للعقد كما إذا جمع بين قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن

ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز وكذلك الثلاثة وإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع

فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار وكذا في الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة ولا يثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيهما كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والأول تجوز واستعارة ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فللوارث أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فأما خيار الشرط فلا يورث وقد ذكرناه من قبل

ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضاء لأن طلب الشفعة يدل على اختيار الملك فيها لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة رحمه الله خاصة

وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رح وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما أن إثبات

الخيار لكليهما اثباته لكل واحد منهما ولا يسقط باسقاط صاحبه لما
فيه من ابطال حقه وكذا ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة
فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من
ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على
الرد ‌ قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان
بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء
ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته
يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع
لقلة التفاوت في الاعراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة
الذكورة والانوثة في الحيوانات فصار كفوات وصف السلامة ثم
واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من
الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز
وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده ‌ وقال
الشافعي رح لا يصح اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى
شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي
الى المنازعة لانه اذا لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين
المشار اليه ‌ قال وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان
يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبله وحق الفسخ
بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم
باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ‌ قال
ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له
الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد
بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف
المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول

المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان
عثمان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة
انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره فحكما بينهما جبير
بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم
خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار
الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا
لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع
المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم
تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع
بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية
لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا
قال ومن نظر الى وجه الجارية او الى وجه الصبرة او
الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له و
الاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي
برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان
لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج
يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى مما رأى فحينئذ
يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد
من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي
وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متقاربة اذا ثبت
هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه
مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية
الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود
في الآدمي وهو والكفل في الدابة فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر
رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن

ابي يوسف رح وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم
يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من
الذوق لان ذلك هو المعرف بالمقصود **قال**: وان رأى
صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا اذا رأى خارج
الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رح لا بد من دخول
داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية
فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ واما اليوم فلا بد من الدخول في
داخل الدار للتفاوت والنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل
قال: ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من
عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
سواء وله ان يرده **قال** رح معناه الوكيل بالقبض
فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه
توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار
كخيار العيب والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام
وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان
تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه
فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص
منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع
تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم
فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو
المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول
لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك التسليم
والقبض اذا كان رسولا في البيع والشراء **قال**: وبيع
الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى ما لم يره وقد قررناه
من قبل ثم يسقط خياره بجس المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه

اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير
ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام
الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رح اذا وقف في مكان لو كان
بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه يقام مقام
الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الاخرس
في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال
الحسن رح يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة
رح لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا **قال**:
ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما
لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي
الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريق
الصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل
القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا
من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه
الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه
بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه
حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه
مرئيه لعدم الرضا به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية
لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول
للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة
على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا
في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله
قال: ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او
وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه
تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل

التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها لحله في خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسألة. ولو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رح وعن أبي يوسف رح أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتماد القدوري.

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده. لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به. وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره. والمراد به عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به.

قال: وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله. والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ. ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والإباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا.

قال: والجنون في الصغر عيب أبدا ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول إذ

السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد.

قال: والبخر والذفر عيب في الجارية لأن المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لأن المقصود منه هو الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء لأن الداء عيب. والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بالخدمة.

قال: والكفر عيب فيهما لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لم يرده لأنه زوال العيب. فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيهما عند أبي حنيفة ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح.

قال: وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سليما ويعود معيبا فامتنع الرد ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر.

قال: ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان. فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر

أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب يرجع بنقصانه لامتناع الرد
بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك
عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا. و
ليس للبائع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه. فإن باعه
المشتري بعد ما رأى العيب يرجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلا
قبله فلا يكون بالبيع حابسا المبيع وعن هذا قلنا إن من اشترى
ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع
بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع بالنقصان لأن التمليك حصل
في الأول قبل الخياطة وفي الثاني بعد التسليم إليه. قال
ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه
أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله وأما الإعتاق
فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي
الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق
في الأصل محلا للملك وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الإعتاق
فكان إنهاء فصار كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل
كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته
لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي. وإن أعتقه على مال لم
يرجع بشيء لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رح
أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض. قال فإن قتل
المشتري العبد أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رح
أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رح أنه يرجع لأن
قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه
فيكون إنهاء. ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا وإنما يسقط
الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف
الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبدا مشتركا

وأما الأكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا و
على هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع
ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق وله أنه تعذر
الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه
مقصودا ألا يرى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وإن
أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رح لأن
الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما أنه يرجع بنقصان
العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض. قال
ومن اشترى بيضا أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره فوجده
فاسدا فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلا
ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته باعتبار اللب
وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده لأن الكسر عيب حادث ولكنه
يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان. وقال
الشافعي يرده لأن الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك
المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض
فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد
والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والمثنى في المائة وإن كان
الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار
كالجمع بين الحر والعبد. قال ومن باع عبدا فباعه المشتري
ثم رد عليه بعيب فإن قبله بقضاء القاضي بإقرار أو بينة أو بإباء
يمين فله أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم
يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء
ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف
الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لأن
البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فنفسخ الثاني لا يفسخ الأول

فان قبله بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في
حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير
وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي
باعه وبهذا تبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله سواء
وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام
العيب عند البائع الاول قال: ومن اشترى عبدا فقبضه
فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري
بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع
الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع
فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه عن
النقض فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع
الثمن يعني اذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لان في الانتظار
ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل
الزمه العيب لانه حجة فيه قال: ومن اشترى عبدا
فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق
عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان
قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب في يد المشتري ومعرفته
بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط
كذا قال في الكتاب وان شاء حلف بالله ما له حق الرد عليك من
الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد
باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب
لان فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم
وهو موجب للرد والاول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين
فيتاول في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد
المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم

انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رح
لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة وكذا يترتب
التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة
وليس تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا
نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه قال
العبد الضعيف اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق
منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد
الكبر قال: ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها
عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها
وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض
فيكون القول قول القابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار
المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال: ومن اشترى
عبدين صفقة واحدة فقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه ياخذهما
او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد
ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق
في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف
رح انه يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة
تتعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما يتعلق زواله
باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما
عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا
تعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه ما قبل
القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان
بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم
على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قال:
ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او

بعد القبض ومراده كله لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشئ
واحد الا يرى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان
في وعاء واحد وان كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء
الذي وجد فيه العيب دون الاخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في
رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان
تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما
اذا كان قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام و
ان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع
حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون قال
ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة فركبها
في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار
الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون
الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري
لها علفا فليس برضاء اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب
في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما
لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد
بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا ومن اشترى عبدا قد سرق
ولم يعلم به فقطع عند المشتري فله ان يرده وياخذ الثمن عند ابي حنيفة
رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا الخلاف
اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق
عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب
القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب
فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملة
فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى
غير حامل وله ان سبب الوجوب وجد في يد البائع والوجوب يفضي

الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب
او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة و
لو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان
كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع
بربع الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الادمي
نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احديهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته
الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في
الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه
لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على
مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به فلا يفيد على قوله في الصحيح لان
العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال ومن باع عبدا و
شرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب
بعددها وقال الشافعي رحمه الله لا يصح البراءة بناء على
مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء
معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان
الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك
لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدا ويدخل في هذه البراءة
العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر
رحمه الله لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رحمه الله ان
الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة
عن الموجود والحادث والله اعلم واجل

باب البيع الفاسد

واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد
كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر
قال هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تع

فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر و
الخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال
عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري
فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض
بإذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع أم
الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تع والفاسد يفيد الملك عند اتصال
القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي
وسنبينه بعد هذا إن شاء الله تع وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل
لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل
بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وإن كان قوبل بعين فالبيع
فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه
الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم
لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا إعزاز
له وهذا لأنه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها
وسيلة لما أنها تجب في الذمة وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلا
بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك
الثوب بالخمر وفيه إعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في
تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة
الثوب دون الخمر وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء
الثوب بالخمر لكونه مقايضة **قال** وبيع أم الولد
والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت
لأم الولد بقوله عليه السلم أعتقها ولدها وسبب الحرية
انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت والمكاتب

استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك
كله وإنه لا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز و
المراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي وقد
ذكرناه في العتاق وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان
عليه عند أبي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما أنه
مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الأموال وهذا لأن
المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع بخلاف
المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به
وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان
حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما
ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم
عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه كذا هنا **قال**
ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة
إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه
ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها
بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك **قال** ولا بيع الطير
في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ ولو أرسله من يده فهو غير مقدور
التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلم عن بيع الحبل وحبل
الحبلة ولأن فيه غررا ولا بيع اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولأنه
ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره **قال**
والصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط
المبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها تزيد من الأعلى وبخلاف القصيل لأنه
يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد
صح أنه عليه السلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في
لبن وهو حجة على أبي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى

قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكراه لأنه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالا أما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لأنه عليه السلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولأنه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه السلم نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لأنه لم يملكه فيكون برا مبتدأ قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتساوم الرجلان على سلعة أي يتساومان فاذا لمسها المشتري أو نبذها اليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلم عن بيع الملامسة والمنابذة ولأن فيه تعليقا بالخطر قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه

لاشتراك الناس فيه بالحديث وأما الاجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رح يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رح لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من الهوام وعند أبي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعن محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما جاز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف رح مع أبي حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلم عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه قال رضي الله عنه الا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولأنه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان أشهد لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضا لأنه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد اذا لم يفسخ لأن العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو

العجز عن التسليم كما إذا أبق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رحمه الله
قال: ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي رحمه الله
يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه
مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة
والأمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز
إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما
اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة
في اللبن قال: ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز
بيعه إهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل
لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع ولو وقع في
الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند محمد رحمه الله لا يفسده لأن
إطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولأبي يوسف رح أن الإطلاق
للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها
ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها لأن الآدمي مكرم
مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال
عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وإنما يرخص فيما
يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال
ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع به قال عليه
الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو اسم لغير المدبوغ
على ما مر في كتاب الصلاة قال: ولا بأس
ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ و
قد ذكرناه في كتاب الصلاة ولا بأس ببيع عظام الميتة و
عصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع
بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد
قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما

بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال
وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده
فباع صاحب العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال
ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه
تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار
مشايخ بلخ لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط
من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب قال
وبيع الطريق وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة
تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل
فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم
لأن له طولا وعرضا معلوما أما المسيل فمجهول لأنه لا يدرى
به قدر ما يشغله من الماء وإن كان الثاني ففي حق المرور
روايتان ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسييل أن
حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل
على السطح فهو حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله ووجه
الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق
التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع أما حق
المرور فيتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان
قال: ومن باع جارية فإذا هو غلام
فلا بيع بينهما بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث
ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الأصل الذي ذكرناه
في النكاح لمحمد وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا ففي
مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي
الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف
كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر

الأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس
واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس
جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما
ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها
من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن الأول لا يجوز البيع الثاني وقال
الشافعي رحمه الله يجوز لأن الملك
قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع
بمثل الثمن الأول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها
لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس
ما شريت واشتريت أبلغي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتب ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه
فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا
عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى
معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي
لم يشترها من البائع ويبطل في الأخرى لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن
بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع و
هو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد
لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه أو لأنه باعتبار شبهة الربوا
أو لأنه طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى
غيرها

قال ومن اشترى زيتا على أن
يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد
وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز لأن الشرط الأول
لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ومن اشترى سمنا في زق فرد
الظرف وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة

أرطال فالقول قول المشتري لأنه إن اعتبر اختلافا في تعيين الزق
المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وإن اعتبر اختلافا
في الثمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري
لأنه ينكر الزيادة

قال وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع
خمر أو بشرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم و
على هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما
أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل
فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة رحمه الله أن العاقد هو
الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب
الإسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا يخللها وإن كان خنزيرا يسيبه

قال ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن
يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه
السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه
العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط
وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود
عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري
العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربوا أو لأنه
يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفا لأن
العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا
يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة
لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربوا ولا إلى المنازعة إذا ثبت
هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق
في التصرف والتخيير لا الإلزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه
منفعة للمعقود عليه والشافعي وإن كان يخالفنا في العتق ويقيسه
على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة أن

يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه متقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع ع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا

قال: وكذلك اذا باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة

قال: ومن باع عينا على ان لا يسلمه الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا ولان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان. ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها والاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة

وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها. ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر. ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا. وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع. والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة. ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر. ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشروط الفاسدة. ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا. قال:

زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب

جائزا وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل ولنا أن الفساد
للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد
لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم
بالدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لأن الفساد في صلب العقد
وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهي عقد غير عقد النكاح
وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لأن من له الأجل
يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه **قال**
ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن سمى لكل واحد ثمنا
جاز في العبد والشاة وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده
وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة
وقال زفر رحمه الله فسد فيهما و
متروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم الولد كالمدبر له
الاعتبار بالفصل الأول إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى
الكل ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن كمن
جمع بين أجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن
كل واحد لأنه مجهول ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق
بين الفصلين أن الحر لا تدخل تحت العقد أصلا لأنه ليس
بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا
للبيع في العبد وهو شرط فاسد بخلاف النكاح
لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة أما البيع في هؤلاء
فموقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية و
لهذا ينفذ في عبد الغير بإجازته وفي المكاتب
برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي
وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة رحمه الله

رح وأبي يوسف رح إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء
باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء
كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون
شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط
بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في أحكامه

وإذا قبض
المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان
كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته **وقال**
الشافعي رح لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة
الملك ولأن النهي نسخ المشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل
القبض فصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم ولنا أن ركن
البيع صدر من أهله مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده ولا
خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام
والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع
مشروع وبه ينال نعمة الملك وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع
وقت النداء وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير
الفساد المجاور إذ هو واجب الدفع بالاسترداد فبالامتناع عن
المطالبة أولى ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح
فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة
ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر
في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط أن يكون
القبض بإذن البائع وهو الظاهر إلا أنه يكتفي به دلالة كما إذا
قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لأن البيع تسليط منه على
القبض فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط
السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط
أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع

لأن البيع وضع لإفادة الملك

وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر و
الريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم وأما
في ذوات الأمثال فيلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه
الغصب وهذا لأن المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى قال
ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض
ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض
إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وإن كان الفساد لشرط زائد
فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد إلا أنه لم يتحقق المراضاة

العقد

في حق من له الشرط قال فإن باعه المشتري نفذ بيعه لأنه
ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد
بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولأن
الأول مشروع بأصله دون وصفه والثاني مشروع بأصله و
وصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولأنه حصل بتسليط من جهة
البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لأن كل واحد
منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من
الشفيع قال ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير
فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا
أنه ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالإعتاق قد هلك فتلزمه
القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن
نظير البيع لأنهما لازمان إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ
بالأعذار ورفع الفساد عذر ولأنها تنعقد شيئا فشيئا فيكون
الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع الفاسد
أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا
به كالرهن وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي

الثمن لأنه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته
كالمرتهن ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها
تتعين في البيع الفاسد وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب وإن كانت
مستهلكة أخذ مثلها لما بينا ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها
المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة رح رواه يعقوب عنه في الجامع
الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال محمد رحمهما الله
ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما أن
حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل
بالتأخير بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء و
الغرس فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام
وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع
بخلاف حق الشفيع لأنه لا يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة
المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ هذه الرواية
عن أبي حنيفة رح وقد نص محمد رح على الاختلاف في كتاب الشفعة
فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على
الاختلاف ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها و
ربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق
أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح و
الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني
بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي
سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما
لا يتعين شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن و
عند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة
الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذلك إذا ادعى

[illegible]

ادعى على آخر مالا فقضاه إياه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد
ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك هنا
لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق
مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين.

فصل فيما يكره

ونهى رسول
الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء
ليرغب غيره. قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم أخيه
ولا يخطب على خطبة أخيه ولأن في ذلك إيحاشا وإضرارا وهذا إذا
تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فأما إذا لم يركن أحدهما
إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكر وما ذكرناه محمل
النهي في النكاح أيضا. قال وعن تلقي الجلب وهذا إذا
كان يضر بأهل البلد فإن كان لا يضر لا بأس به إلا إذا لبس السعر
على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر. قال
وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي
وهذا إذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو
طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك
فلا بأس به لانعدام الضرر. قال والبيع عند أذان الجمعة
قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه إخلال بالواجب السعي على بعض
الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة. قال كل ذلك
يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا
في صلب العقد ولا في شرائط الصحة. قال ولا بأس ببيع
من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم
باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إلى
نوع منه. قال ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم
محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك إن كان أحدهما كبيرا والأصل
فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى

بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه
غلامين أخوين صغيرين ثم قال عليه السلام ما فعل الغلامان فقال
بعت أحدهما فقال أدرك أدرك ويروى اردد اردد ولأن الصغير
يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما
قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد
أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم
غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق
بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما
في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع
واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية
وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار
به. قال فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن أبي
يوسف رح أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه أنه لا
يجوز في جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في
البيع الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله وإنما الكراهة
لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام. وإن كانا كبيرين فلا بأس
بالتفريق لأنه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أنه عليه السلام
فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين.

باب الإقالة

الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله عليه السلام من أقال
نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولأن العقد حقهما
فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما. فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط
باطل ويرد مثل الثمن الأول. والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين
بيع جديد في حق غيرهما إلا أن لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند
أبي حنيفة رح وعند أبي يوسف رح هو بيع جديد إلا أن لا يمكن جعله
بيعا فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن فيبطل ولمحمد رح أن اللفظ للفسخ والرفع

ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على
محتمله وهو البيع الا يرى انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف رح انه
مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك
السلعة ويرد بالعيب ويثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي
حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل
اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل
عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان
وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع و
هو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت
هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر
الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان
الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة
يمكن اثباتها في العقد لتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع و
كذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت
الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما
في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح
وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع كذا
في شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد
رح فهو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت
عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله
عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو
فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما
بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده
لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض
في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند ابي

يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان
البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك
الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي
قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة
في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك
احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع
باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح و
التولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح
والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع
من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل
الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب
القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة
وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر
رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلم ولني احدهما فقال هو لك
بغير شيء فقال عليه السلم اما بغير ثمن فلا قال ولا يصح
المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو
ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن
يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او شيء من المكيل الموصوف
جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز
لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز
ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة
حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة
التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل
ما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد

قال

في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا
يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف
أجر الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف
أجر التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته قال فإن اطلع المشتري
على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء أخذه بجميع
الثمن وإن شاء تركه وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن
وقال أبو يوسف رح يحط فيهما وقال محمد رح يخير فيهما
لمحمد رح أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة
ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته
ولأبي يوسف رح أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله
وليتك بالثمن الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوما
فلا بد من البناء على الأول وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية قدر
الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولأبي حنيفة رح
أنه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير
التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة وإن كان
يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل
أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات
الظاهرة لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية
والشرط بخلاف خيار العيب لأنه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط
ما يقابله عند عجزه قال رضي الله عنه ومن اشترى ثوبا
فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل
ذلك فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة
رح وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الأخير صورته إذا اشترى بعشرة
وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول
قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه

بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في
الفصلين لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول
فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث ولأبي حنيفة رح أن شبهة
حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعد ما كان على
شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة
احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير
كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما إذا تخلل
ثالث لأن التأكد حصل بغيره قال وإذا اشترى العبد
المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه
من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك إذا كان
المولى اشتراه فباعه من العبد لأن في هذا العقد شبهة العدم لجوازه
مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول فيصير
كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه يبيعه للمولى
في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول قال وإذا كان مع
المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من
رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لأن
هذا البيع وإن قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رح
مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو
مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا يرى أنه وكيل
عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف
الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت أو وطئها وهي
ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن
لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطء
وعن أبي يوسف في الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس
بفعله وهو قول الشافعي رح فأما إذا فقأ عينها بنفسه أو فقأها

بأن كان لرجل على رجل ألف درهم وصالحه على ثوب فأراد المدعي أن يبيع الثوب مرابحة على الألف لا يصح لأن الصلح مبناه على الحطيطة

ما يحط من السلعة

أجنبي فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لأنه صار مقصودا
بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن
العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى
ثوبا فأصابه قرض فأر أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان
ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه. قال
ومن اشترى غلاما بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم
المشتري فإن شاء رده وإن شاء قبل لأن للأجل شبها بالمبيع ألا يرى
أنه يزاد في الثمن لأجل الأجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار
كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما والإقدام على المرابحة
يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فإذا ظهرت يخير كما في العيب فإن
استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن قال
فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء لأن الخيانة في التولية مثلها
في المرابحة لأنه بناء على الثمن الأول وإن كان استهلكه ثم علم لزمه
بالحالة لما ذكرنا وعن أبي يوسف رح أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن
وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الإنفاق
وسيأتيك من بعد إن شاء الله وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع
بفضل ما بينهما ولو لم يكن الأجل مشروطا في العقد ولكنه منجم
معتاد قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه
لأن الثمن حال. قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه
ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فإن أعلمه
البائع يعني في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأن
الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار
كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل
الإصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس وإنما يتخير لأن
الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لأنه عليه
السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار
الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة رح وأبي يو
سف رح قال محمد رح لا يجوز رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا
بالمنقول وصار كالإجارة ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في
محله ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر
المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز
والإجارة قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الإجارة
المنافع وهلاكها غير نادر. قال ومن اشترى مكيلا
مكايلة أو موزونا موازنة فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة
لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لأن
النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع
البائع وصاع المشتري ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك
للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا
باعه مجازفة لأن الزيادة له وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة لأن
الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل
البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع و
المشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من
باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوما ولا تسليم إلا بحضرته ولو كاله
البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه
اعتبر صاعين والصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوما بكيل واحد
وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب
السلم إن شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع
فيما يروى عنهما لأنه ليس من أموال الربوا وكالموزون فيما يروى
عن أبي حنيفة رح لأنه لا يحل له الزيادة على المشروط. قال

والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع

قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق بالعقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا

قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل

قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى له

باب الربوا

الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس

قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين مثل بالرفع ومثلا بالنصب ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رح الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه عليه السلام اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية

نسوى المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا فنقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة هو الطعم ولا مخلص هو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية

قال: واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة فلا يثبت المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء باحدهما

قال: الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية

فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود يوزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة

قال: وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف رح يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا العادة فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم

قال: وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة

قال: وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء ومعناه يدا بيد وسنبين الفقه ان شاء الله تعالى في الصرف

قال: وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا

للشافعي رح في بيع الطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف
يداً بيد ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية
فيتحقق شبهة الربوا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب
وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك
على التعيين بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله
عليه السلام يداً بيد عيناً بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب
القبض لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً بخلاف النقد والمؤجل قال

ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين
لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي يخالفنا فيه لوجود الطعم
على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما عند
أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لأن
الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا
تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما
أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل
باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنياً لبقاء
الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة
بالجوزتين بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة وبخلاف ما إذا كانا بغير
أعيانهما لأنه بيع كالئ بكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه
لأن الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة
بالدقيق ولا بالسويق لأن المجانسة باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة
والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما
فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل ويجوز بيع الدقيق
بالدقيق متساوياً كيلاً بكيل لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز
عند أبي حنيفة متفاضلاً ولا متساوياً لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية
ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما

يجوز لأنهما جنسان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو
التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية و
العلكة بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف
رح وقال محمد رح إذا باعه بلحم جنسه لا يجوز إلا إذا كان
اللحم المفرز أكثر منه ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي في مقابلة
السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط أو من
حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما أنه باع الموزون بما ليس
بموزون لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه
يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى بخلاف تلك المسألة لأن الوزن في الحال
يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال
ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة رح وكذا العنب بالزبيب
على ما قالوا وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه أو ينقص إذا
جف فقيل نعم فقال صلى الله عليه وسلم لا إذاً وله أن الرطب تمر لقوله
عليه السلام حين أهدي إليه رطباً أوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز
لما روينا ولأنه لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث وإن كان غير تمر
فبآخره وهو قوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم و
مدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة وكذلك العنب
بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً
بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً عندنا
لأنه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة
أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح
وقال محمد رح لا يجوز في جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في
أعدل الأحوال وهو المآل وأبو حنيفة رح يعتبره في الحال وكذا أبو
يوسف رح عملاً بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب
بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب

بالرطب أن التفاوت فيهما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لأن البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم له من أول ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة

قال: ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساويا له فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالإجماع

قال: ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الإبل والبقر والغنم فأما البقر والجواميس جنس كذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي وكذلك ألبان الغنم والبقر وعن الشافعي رح أنها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة فكذا أجزاؤها إذا لم يتبدل بالصنعة

قال: وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين أصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد

قال: وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا

قال: ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لأن الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رح أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رح وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة رح لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد رح يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف رح يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده

قال: ولا ربا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا إذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين وإن كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رح وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه

قال: ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم مباح في دار الحرب فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء

لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل بيت مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ولا يدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة رح لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف

قال: ومن اشترى دارا ومنزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الانتفاع إلا به إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها وإن أقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد

قال محمد رح لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم

قال: ومن اشترى عبدا فإذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني

فأنا عبد فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وإن كان البائع لا يدرى أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وإن ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن أبي يوسف رح أنه لا يرجع فيهما لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذبا فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية ولهما أن المشتري شرع في الشرى معتمدا على أمره وإقراره بأني عبد إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشرى ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضمانا للسلامة وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فإني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رح لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل إن كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وإن كان الوضع في الإعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة

ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعا منها لم يرجع بشيء لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لأن التوفيق غير ممكن

فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل وذلك المسئلة على
ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي
الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع
ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ
وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية
شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد
الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في
محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه
نفعه حيث يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع
للعاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه نفع المشتري فثبت القدرة
الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان
العاقل يأذن في التصرف النافع
قال وله الاجازة اذا كان
المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد
فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز
المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة
اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة
دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض
هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة
اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى
يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او
قيمته ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة
ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف
على اجازة المورث بنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك
في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو
قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف فقال لا يصح

حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا
يثبت مع الشك
قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه
المشتري ثم اجاز البيع المولى فالعتق جائز استحسانا وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح لا يجوز لانه
لا عتق بدون الملك
قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن
آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو
ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا
ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري
والخيار للبائع ثم يجيز وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن
فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان
وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان
ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة
الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ
بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث
عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون
بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع
لافادة الملك بخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس
بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف
المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك
بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب
الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح
قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري
لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على
ملكه وهذه حجة على محمد رح والعذر له ان الملك من وجه يكفي
لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في

الرق فيكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يده في يد المشتري
والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف العتق على ما مر
فيتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه ان كان قبل
القبض او فيه شبهة عدم الملك **قال** فان باعه المشتري
من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان
فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع
يفسد بالغرر بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر **قال**
فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا
ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا
بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء
البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق
الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب
البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه **قال** ومن باع
عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب
العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في
الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة
الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب
المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده
على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري
قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات ان المشتري
اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل
والفرق ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك في
يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين
سالما للمشتري **قال** ومن باع دارا لرجل وادخلها المشتري
في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح

آخر وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد رح وهي مسئلة
غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن
عباس رضي الله عنه اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل
فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا
تداينتم بدين الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما
ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا
تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم
فيه **قال** وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه
السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم
والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه
لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد
بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة
في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد
فيه ولا يمكن ذلك **قال** وكذا في المذروعات لانه
يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة
فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز
والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم
فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على اهدار
التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا
وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رح
انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز
السلم فيها عددا يجوز كيلا **وقال** زفر رح لا يجوز كيلا لانه
عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان
المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح

فيصير مكيلاً باصطلاحهما وكذا في الفلوس عدداً وقيل هذا عند أبي
حنيفة رح وأبي يوسف رح وعند محمد رح لا يجوز لأنها أثمان ولهما
أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنياً
وقد ذكرناه من قبل قال ولا يجوز السلم في الحيوان خلافاً
للشافعي رح يجوز لأنه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن والنوع
والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا أنه بعد ذكر
ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي
إلى المنازعة بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان
إذا نسجا على منوال واحد وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
السلم في الحيوان فيدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير قال
ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع للتفاوت فيها إذ هو عددي متفاوت
لا مقدر لها قال ولا في الجلود عدداً ولا في الحطب حزماً
ولا في الرطبة جرزاً للتفاوت إلا إذا عرف ذلك بأن بين طول ما يشد
به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت قال
ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل
حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو
منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رح يجوز
إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه و
لنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولأن القدرة
على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن
من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ السلم و
إن شاء انتظر وجوده لأن السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال
فصار كإباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك
المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف
مقدور التسليم إذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت ثم

خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلوماً وضرباً معلوماً
لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم إذ هو غير
منقطع ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت ولا خير في السلم والسمك
الطري إلا في حينه وزناً معلوماً وضرباً معلوماً لأنه ينقطع في
زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً وإنما يجوز
وزناً لا عدداً لما ذكرنا وعن أبي حنيفة رح أنه لا يجوز في لحم الكبار
منها وهي التي تقطع وزناً اعتباراً بالسلم في اللحم عنده قال
ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رح وقالا إذا وصف من اللحم
موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز لأنه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزناً ويجري فيه ربوا الفضل
بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول
للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف
فصول السنة وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة وفي مخلوع
العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمين بالمثل ممنوع
وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ولأن
القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته أما الوصف فلا
يكتفى به قال ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً وقال
الشافعي رح يجوز حالاً لإطلاق قوله عليه السلام ورخص في السلم ولنا
قوله عليه السلام إلى أجل معلوم فيما روينا ولأنه شرع رخصة
دفعاً لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم
ولو كان قادراً على التسليم في الحال لم يوجد المرخص فبقي على النافي
قال ولا يجوز إلا بأجل معلوم لما روينا ولأن الجهالة فيه
مفضية إلى المنازعة كما في البيع والأجل أدناه شهر وقيل ثلاثة أيام
وقيل أكثر من نصف يوم والأول أصح قال ولا يجوز السلم بمكيال رجل
بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لأنه تأخر فيه

التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد
ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان
مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب
الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رح قال: ولا في طعام
قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر
على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارأيت لو اذهب الله
الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه المسلم ولو كانت النسبة الى قرية
لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا او البساخي
بفرغانة قال: ولا يصح السلم عند ابي حنيفة الا بسبع شرائط
تذكر في العقد جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا
سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او رديء ومقدار معلوم
كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا والاجل معلوم فيه
ما رويناه والفقه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال اذا كان يتعلق
العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي
يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية رأس
المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان
مسئلتان ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه
الثمن والاجرة وصار كالثوب ولابي حنيفة انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا
يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر
على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد رأس المال والموهوم في هذا
العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان رأس المال
ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه
اذا اسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين
ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين
لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه

فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب
ولابي حنيفة رح ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف
القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان
قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة
الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب
التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد
عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا
اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا
يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي رح وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم
الدابة للايفاء قال: وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه
الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان
الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع
الصغير والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو
الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل
لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو
عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة
واحدة فيما ذكرنا قال: ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال
قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين
وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم
اخذ عاجل بآجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من
قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال
ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم
اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه
مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير

يفسد بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض ولو أسقط خيار
الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رح
وقد مر نظيره. وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال
وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة
على تحصيله فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم
اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز
في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد
طارئ إذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق
صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لأن الدين لا يتعين
في البيع ألا يرى أنهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين
لا يبطل البيع فينعقد صحيحا **قال** ولا يجوز التصرف
في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض أما الأول فلما فيه من
تفويت القبض المستحق بالعقد وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع
والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة والتولية
في المسلم فيه لأنه تصرف فيه فإن تقايلا السلم لم يكن له أن
يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله
عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك أي عند الفسخ ولأنه
أخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لأن الإقالة
بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل
رأس المال مبيعا لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه
ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رح والحجة عليه
ما ذكرناه **قال** ومن أسلم في كر فلما حل الأجل اشترى
المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء
وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه
جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين

لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا
هو محمل الحديث على ما مر والسلم وإن كان سابقا لكن قبض المسلم فيه
لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة وإن جعل
عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء
قال وإن لم يكن سلما وكان قرضا فأمر بقبض الكر جاز
لأن القرض إعارة ولهذا ينعقد بلفظة الإعارة فكان المردود عين
المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان **قال** ومن
أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم
ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف
ملك الآمر لأن حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا
للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم
دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت
الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضا لأن الأمر قد صح حيث
صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ألا يرى أنه لو أمره بالطحن كان
الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر وكذا
إذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشرى
من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل
في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر
المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يكن
قابضا لأنه استعار غرائره فلم يقبضها فلا يصير الغرائر في يده فكذا
ما يقع فيه فصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع
لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا فلو اجتمع العين
والدين والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين صار قابضا أما العين
فلصحة الأمر فيه وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن
استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه وكمن دفع إلى صائغ خاتما

وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار، فإن بدأ بالدين لم يصر قابضاً
أما الدين فلعدم صحة الأمر، وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم
فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رح فينتقض البيع، وهذا الخلط غير
مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداية بالعين، وعندهما
هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس
باستهلاك عندهما. قال: ومن أسلم جارية في كر حنطة
وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم
قبضها، ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لأن صحة الإقالة
تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه، وفي السلم المعقود عليه
إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه، وإذا جاز ابتداء أولى
أن يبقى انتهاء لأن البقاء أسهل، وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ
في الجارية تبعاً فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها، ولو اشترى
جارية بألف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة، ولو
تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية
ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء
لانعدام محله، وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى
بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه. قال:
ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت لك
رديئاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه
لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس
المال في العادة، وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم
عند أبي حنيفة رح لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً، وعندهما
القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة، وسنقرره من بعد إن شاء
الله تعالى. ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان
له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقاً

له وهو الأجل، والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا
يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف، وفي عكسه القول
قول رب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله وإن
أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا
وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح
فالقول لرب المال لأنه منكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة، وعند
أبي حنيفة رح القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد
واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس
بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق في الربح، أما
السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه
بالاتفاق، وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول
لمدعي الصحة عنده، وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة. قال:
ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة لأنه أسلم في
معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا، وإن كان ثوب حرير لا بد من
بيان وزنه أيضاً لأنه مقصود فيه، ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في
الخرز لأن آحادها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً، وفي صغار اللؤلؤ
التي تباع وزناً يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن، ولا بأس بالسلم
في اللبن والآجر إذا سمى ملبناً معلوماً لأنه عددي متقارب لا سيما
إذا سمى ملبناً. قال: وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره
جاز السلم فيه لأنه لا يفضي إلى المنازعة، وما لا يضبط صفته ولا يعرف
مقداره لا يجوز السلم فيه لأنه دين وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة
تفضي إلى المنازعة، ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو
ذلك إذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم، وإن كان لا يعرف فلا خير
فيه لأنه دين مجهول. قال: فإن استصنع شيئاً من ذلك بغير
أجل جاز استحساناً للإجماع الثابت بالتعامل، وفي القياس لا يجوز

لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر
موجودا حكما والمعقود عليه العين لا العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من
صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا بالاختيار
حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح
قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى
شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي
حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر
وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما
الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا
بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب
لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن
التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير
سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير
سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته
ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل
على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع
لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم
اولى

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد و
السباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز
بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رح لا يجوز بيع
الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس
العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع باعزازه فكان منتفيا ولنا
انه نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد وماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا
فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث
محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم

فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير
لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه
ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات
كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال
الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير و
عقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم و
نحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم
بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع
عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى
الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن
وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله
ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا
لزفر والشافعي لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف
مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري
بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها
على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة
اذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلا يصح
ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح
جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في رقبتها على الكمال وهذا قبض
لان وطي الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها
فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب
الحقيقي وجه الاستحسان وهو ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير
قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا
فغاب واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة

البيع في دين البايع لانه يمكن ايصال البايع الى حقه بدون البيع فيه
ابطال لحق المشتري فان لم يدر اي هو سبع العبد او في الثمن لان ذلك
المشتري ظهر بأوان فيظهر على الوجه الذي اقرّ به مشغولا لحقه واذا
تعذّر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات
مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا
به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو
ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع
الثمن كله ويقبضه فاذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه
الثمن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قال ابو يوسف
رح اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما
ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي
عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع
بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس
ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن فاذا كان له ان يرجع
عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى
الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال
ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضافهما اليهما على السواء
فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو
اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل و
من الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضافهما فينصرف الى الوزن
المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم
جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل
زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كما هو في الاصل و
لا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه

فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا
يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة و
لا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل
لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ طير في ارض
رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح
سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن
اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه
وصاحب الارض لم يعده لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما
اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه
لم يكن له ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسّل النحل في
ارضه لانه عدّ من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه و
التراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان
سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد
لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو
الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا
قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا
بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب
مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال جيدها
ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض
العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان
استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج
العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق
الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا
يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين

الآخر لإطلاق فيما روينا ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين
لكونه ثمناً خلقة فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربوا والمراد منه
الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معاً في جهة واحدة
أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه
فإن وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال
السلم بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض فيه قال: وإن
باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض
لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا إلا هاء وهاء فإن افترقا
في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط
وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن بأحدهما
لا يبقى القبض مستحقاً وبالثاني يفوت القبض المستحق إلا إذا أسقط
الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره وفيه خلاف
زفر رحمه الله وقد بينا نظيره بخلاف ما إذا أسقط بعد الافتراق
لأنه تقرر الفساد وإذا وجب القبض في المجلس كان التقابض إسقاطاً
للأجل فيجوز ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو
باع ديناراً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً
فالبيع في الثوب فاسد لأن القبض مستحق بالعقد حقاً لله تعالى وفي
تجويزه فواته وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله
لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها ولكنا نقول الثمن في
باب الصرف مبيع لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل
كل واحد منهما مبيعاً لعدم الأولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز
وليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه ويجوز
بيع الذهب بالفضة مجازفة لأن المساواة غير مشروطة فيه ولكن
يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما
فيه من احتمال الربوا قال: ومن باع جارية فيها ألف

مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه ألف مثقال بألفي مثقال فضة
ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لأن
قبض حصة الطوق واجب في المجلس لأنه بدل الصرف والظاهر منه
الإتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بألفي مثقال ألف نسيئة وألف
نقداً فالنقد ثمن الطوق لأن الأجل باطل في الصرف جائز في
بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هي الظاهر منهما وكذا إن باع
سيفاً محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز
البيع وكان المقبوض حصة الحلية وإن لم يبين ذلك لما بينا وكذا
إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لأن الاثنين قد يراد بذكرهما
الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد
أحدهما وقال عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عم له إذا
سافرتما فأذنا وأقيما والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله
قال: وإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في
الحلية لأنه صرف فيه وكذا في السيف إن كان لا يتخلص بغير
ضرر لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز إفراده
بالبيع كالجذع في السقف وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع
في السيف وبطل في الحلية لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار
كالطوق في الجارية وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما
فيه فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز البيع للربوا
أو لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال:
ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع
فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركاً بينهما لأنه
صرف كله فيصح فيما وجد شرطه ويبطل فيما لم يوجد والفساد
طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع فلا يتخير بالرد
بسبب عيب التبعيض لأنه حصل بفعله وإن استحق بعض الإناء

فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان
الشركة عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ
ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال
ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل
كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا
يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير
وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه
لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على
التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا
اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز و
ان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف
ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد آخر بالف وخمسماية
لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه
وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا
يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما
وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في
الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان
المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس و
انه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير
وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل
بمقابلة الكل فصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه و
بين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسئلة
المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب
والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة
على الالف الى المشترى بالف وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر و

هو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد صحيحا
والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن
باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون
العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم
التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم
بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة
بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة
جاز البيع من غير كراهة فان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له
قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها
العوض ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه
العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة
بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه
انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين
ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة
فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ
لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين
تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق
الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسماية وزفر رح
يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا
فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول
والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكفي ذلك للجواز
قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار
ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار
الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة

فهي في حكم الفضة وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي
ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا
يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن
وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنا لأن النقود لا تخلو عن قليل
غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما
في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء و
إن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير
اعتبارا للغالب فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه
التي ذكرناها في حلية السيف وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز
صرفا للجنس إلى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه
صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين و
إذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه
إلا بضرر **قال** رضي الله عنه ومشايخنا لم يفتوا بجواز
ذلك في العدالي والغطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا
فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم إن كانت تروج بالوزن
فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد
فبالعد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لأن المعتبر هو
المعتاد فيهما إذا لم يكن نص ثم هي ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين
بالتعيين وإن كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وإن
كان يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد
بعينها بل بجنسها زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا
منه وبجنسها من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه وإن
اشترى بها سلعة ثم كسدت فترك الناس المعاملة بها بطل
البيع عند أبي حنيفة رح **وقال** أبو يوسف رح عليه
قيمتها يوم البيع **وقال** محمد رح قيمتها آخر ما تعامل

الناس بها لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد
وأنه لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أوانه فإذا
بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف رح وقت البيع لأنه
مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال
إلى القيمة ولأبي حنيفة رح أن الثمن يهلك بالكساد
لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل وإذا
بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائما وقيمته إن كان هالكا
كما في البيع الفاسد **قال** ويجوز البيع بالفلوس لأنه
مال معلوم فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تعين لأنها أثمان
بالاصطلاح وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها
سلع فلا بد من تعيينها وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت
بطل البيع عند أبي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف
الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت عند أبي حنيفة رح
يجب عليه مثلها لأنه إعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية
فضل فيه إذ القرض لا يختص به وعندهما تجب قيمتها لأنه لما بطل
وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا
استقرض مثليا فانقطع لكن عند أبي يوسف رح يوم القبض
وعند محمد رح يوم الكساد على ما مر من قبل وأصل الاختلاف
فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رح أنظر للجانبين وقول
أبي يوسف رح أيسر **قال** ومن اشترى شيئا
بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من
الفلوس وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز
البيع **وقال** محمد زفر رح لا يجوز في جميع ذلك
لأنه اشترى بالفلوس وإنها تقدر بالعدد لا بالدانق و
الدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق

ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه
فأغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين
فلوس فكذلك عند ابي يوسف رح لان ما يباع بالدرهم من
الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعند
محمد رح انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة
المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة
ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح اصح لا سيما في
ديارنا قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال
اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في
الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس
جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس
قول ابي حنيفة رح بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد
قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه
كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوس و
نصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف
درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله و
ما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر
نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا
ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول
اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة
بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به
وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه
اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له
ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا

يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه
بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان القاضي
والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة
فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته
او بروحه او بجسده او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ
يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في مسئلة الطلاق
وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق
الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا
قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا
يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم تصح وكذا اذا قال ضمنته لانه
تصريح بموجبه او قال علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه في معنى
علي في هذا المقام قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك
كلا او عيالا فالي وكذا قال انا زعيم به او قبيل به لان الزعامة هي
الكفالة وقد روينا فيه الحديث والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك
قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون
المطالبة قال وان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في
وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه
فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه ولكنه
لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه
امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق
امتناعه عن ايفاء الحق وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب وهذا لانه
عاجز في المدة فينظر كالذي اعسر ولو سلمه قبل ذلك الوقت برئ
لان ذلك الاجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل قال
واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان
يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل

المقصود به وهنا لانه ما التزم التسليم الا مرة. فاذا كفل على ان يسلمه
في مجلس القاضي فسلمه في السوق بريء لحصول المقصود وقيل في زماننا
لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان
التقييد مفيدا. وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة
فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل
الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه بريء عند ابي
حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد
يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب
لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه. واذا مات المكفول به بريء
الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور
عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه
لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا
الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان
يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت قال
ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه
فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط
قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه
من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا
اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال
فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما
عليه وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة
بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا
وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب
المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما
للتوثق وقال الشافعي رح لا تصح هذه الكفالة لانه

٢٩٩

تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع قلنا انه يشبه البيع ويشبه
النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب
الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم
الموافاة متعارف. ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه
المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم
الموافاة. ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى
تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي
حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ان لم يبينها حتى
تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علق مالا مطلقا
بخطر الا ترى انه لم ينسبه الى ما عليه فلا يصح الكفالة على هذا الوجه
وان بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس
واذا لم يجب لم يصح الكفالة بالنفس فلا يصح بالمال لانه بناء عليه
بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه
والعادة جرت بالاجمال في الدعاوي لغيره كالمبيع والمرهون ولا
بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة
والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد
القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم
فعلا واجبا. ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم
تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه. وان كانت بغير عينها جازت
الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من
استاجر عبدا للخدمة وكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا
قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس
العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رح يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة
والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام

فيستبد به الملتزم وقلنا وجد هذه الرواية عنه ووجه التوفيق
ما ذكرناه في الفصول في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو
تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف
على ما وراء المجلس قال: الا في مسئلة واحدة وهي ان
يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة
الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول
لهم ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال او يقال انه قائم
مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب
فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول
لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار
كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ
فيه قال: واذا مات الرجل وعليه الديون ولم
يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند ابي حنيفة وقالا
يصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط
ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا
يبقى اذا كان به كفيل وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو
الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول
اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء
فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل
او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال:
ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب
المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على
احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن
عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر
بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في

يده: وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما
اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق
الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه
الا انه اخره الى وقت الاداء فينزل منزلة الدين المؤجل
ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه
الا انه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه
في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها فباعها فربح فيها فالربح له
في الحكم لما بينا انه ملكه قال: واحب الي ان يرده على الذي
قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة رح في رواية
الجامع الصغير قال: ابو يوسف رح ومحمد رحمهما الله هو
له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما
انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع
الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه
رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به
وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده
عليه في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان
الحق له قال: ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره
الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي
ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض
من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة
عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل
خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه
لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل
هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس
بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن

فيتبين الجهالة ما زاد على الدين فكيف ما كان فالشرى
للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد
قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او
بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل
ان له على المكفول عنه الف درهم لم يقبل لان المكفول به مال مقضي
به وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب
تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل
كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن اقام
البينة على ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه
يقضي به الدعاوى فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا تبين الحق
البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة فيثبت عليهما الثاني
قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص
عند ابي حنيفة رح معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد
القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف
الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام لا كفالة
في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيه الاستيثاق
بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق
كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب
موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق
الضم قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران
او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة
تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس
في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة
وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص
بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال

والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن استيفاؤه
فيمكن ترتب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من
رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان
موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية
يزداد التوثق فلا يتنافيان قال واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما
كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت
عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى
الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك
اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان
احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده
ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك بيانه ان شاء الله تعالى قال
والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الدين وان شاء
طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك
يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ
تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها
المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان
يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار تضمين احد
الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه
التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح
الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول
ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي
والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم و
الاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل فيه انه يصح تعليقه
بشرط ملائم له مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق
المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول

عند او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر
من الشروط في معنى ما ذكرناه. فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط
كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحدا منهما اجلا
الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها
بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق. فان قال
تكفلت بمالك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به. وان لم
تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه
منكر للزيادة. فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق
على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق
نفسه لولايته عليها قال ويجوز الكفالة بامر
المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة
وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب
بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع
بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره. فان كفل بغير امره لم يرجع بما
يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما اداه معناه اذا ادى
ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء
فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه
المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث
يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء و
بخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه
اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال وليس للكفيل ان
يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل
الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد
بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له

2-c

ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه
لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله. واذا ابرأ الطالب المكفول
عنه او استوفى برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل
لان الدين عليه في الصحيح من المذهب وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل
لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز. وكذا اذا
اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن
تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء
المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل
عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار
الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه. فان صالح الكفيل رب المال
عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل فانه
لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل فبرئ عن خمسمائة
فبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء
الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة اذا كانت الكفالة بامره بخلاف
ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع الالف ولو
كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء
الكفيل عن المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا
قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له
بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى
الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع. وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل
على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط
فلم يكن اقرارا بالايفاء. ولو قال برئت قال محمد رح
هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت الادنى
اذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل
الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء

دون الأداء، وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع
في البيان إليه لأنه هو المجمل. قال: ولا يجوز تعليق البراءة
من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات،
ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا
محضا كالطلاق، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف
إبراء الأصيل. وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به
كالحدود والقصاص، معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لأنه يتعذر
إيجابه عليه، وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة. وإذا تكفل
عن المشتري بالثمن جاز لأنه دين كسائر الديون، وإن تكفل عن
البائع بالمبيع لم يصح لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن، والكفالة
بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على
سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا به على الكفيل وعلى
المكفول عنه، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفيل خاصة،
وإنما قبل لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم، وإنما يختلف
بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء
ومعاوضة انتهاء، وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء، فبدعواه أحدهما
لا يقضى له بالآخر، وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن
الإقرار بالمال فيصير مقضيا عليه، والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه
لأنه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه، وفي
الكفالة بالأمر يرجع الكفيل بما أدى على الآمر. وقال زفر رح
لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره، ولنا أنه
صار مكذبا شرعا فبطل زعمه. ومن باع دارا وكفل رجل عنه
بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه
بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته، وإن لم يكن مشروطة

فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه
بدون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع. قال:
ولو شهد وختم ولم يتكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لأن الشهادة
لا تكون مشروطة في البيع ولا هو إقرار بالملك لأن البيع مرة
يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب الشهادة ليحفظ
الحادثة بخلاف ما تقدم. قالوا: إذا كتب في الصك باع وهو يملكه
أو بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب
الشهادة على إقرار المتعاقدين.

فصل في الضمان

قال: ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع
فالضمان باطل لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل
واحد ضامنا لنفسه، ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان
تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير. و
كذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه
حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا
لنفسه، ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه
ولا يجوز ذلك بخلاف ما إذا باعا صفقتين لأنه لا شركة، ألا يرى
أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن
قبل الكل. قال: ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته
فهو جائز، أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة
لأنها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصية. وأما
النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك وأجر
الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت
الكفالة بها على الاتفاق، وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في
زماننا ففيه اختلاف المشايخ، وممن يميل إلى الصحة الشيخ الإمام
علي البزدوي رح. وأما القسمة في زماننا فقد قيل هي النوائب

بعينها او حصة منهما والرواية باقية وقيل هي ثابتة الموظفة
النائبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه. قال
ومن قال لآخر لك على مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة
فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر
وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر
اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي
الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد
المطالبة وهي بعارض الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت
الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في
الكفالة فنوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل
والشافعي رح الحق الاول بالثاني وابو يوسف رح فيما يروى
عنه الحق الثاني بالاول والفرق قد اوضحناه. ومن اشترى
جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى
له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية
ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا
يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم
المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف رح انه يبطل
البيع بالاستحقاق فعلى هذا يرجع وموضعه اوائل الزيادات في
ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان
باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو
ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى
الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف
الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص
لا يصح عند ابي حنيفة رح لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة
وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع

او قيمته فصحيح. **باب كفالة الرجلين** واذا كان
الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا
عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما
لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة
لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا
معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين
والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة
لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه
فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي
الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما
كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه
قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة
بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان
على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح
عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما
اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على
البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى
الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف
ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما
بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل
بجميع المال عنه بامره واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر
بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على
الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بيناه فلهذا يأخذه به واذا افترق
المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤوا بالجميع
الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة

ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين. وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما يرجع على صاحبه بنصفه. ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه وسنذكره إن شاء الله تعالى. وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة. قال: ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف. وللمولى أن يأخذ بحصته الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة. فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه.

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة إلا أنه لا يطالب لعسرته إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه. ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل كما إذا كان المكفول بنفسه حرا. فإن ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام

المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته لأن على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف الأول. قال: وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه أو كان المولى كفل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه. وقال زفر رح يرجع ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى يصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره وأما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على العبد دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدا كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه. ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد لأنه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولأنه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل وإثباته مطلقا ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رح لأنه كالمكاتب عنده.

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال عليه السلام من أحيل على مليء فليتبع ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة وإنما اختصت بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل في الدين لا في العين. وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه أما المحتال فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره. قال: وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول. وقال زفر رح لا يبرأ اعتبارا

بالكفالة لان كل واحد منهما عقد توثق وكذا ان الحوالة للنقل لغة
ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما
الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية و
التوثق باختيار الاملى والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول
اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا
قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال
الشافعي لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا تعود
الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او
تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في
البيع قال والتوى عند ابي حنيفة رح احد الامرين
اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا لان
العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة وقالا
هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا
بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان
مال الله تعالى غاد ورائح واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال
الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه
مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا
ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والحوالة
لا تكون اقرارا بالدين عليه لانها قد تكون بدونه واذا طالب المحيل
المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال
بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي
عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعمل في الوكالة فيكون القول
قوله مع يمينه ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو
جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه
ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان

الحوال

الفوات الى خلف كالغصب وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا و
حكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه
تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت
المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبة به فياخذ منه تبطل الحوالة
وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا
تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده ويكره السفاتج وهي قرض استفاد
به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى
النبي عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط
الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء
يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من
كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة
يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه
لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي
شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة
او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا
وقال الشافعي رح لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته
عنده وعند علمائنا الثلاثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال
بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل
بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا بدونها وهل يصلح
مفتيا قيل لا يصلح لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد كل
الجهد حذارا النسبة الى الخطا واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد
شرط الاولوية واما تقليد الجاهل صحيح عندنا خلافا للشافعي رح
هو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون
العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل

وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو اقدر واولى
لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد
خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في
اصول الفقه وحاصله (اي حاصل الاجتهاد) ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف
معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس
في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات
الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها قال: ولا بأس
بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة
تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف
قال: ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن
على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم
الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل (اي ولي) على القضاء فكانما
ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة
العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه
عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو اهلا للقضاء دون
غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء
للعالم عن الفساد قال: وينبغي ان لا يطلب الولاية
ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر
عليه نزل ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر
عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز
من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان
بيد علي رضي الله عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو
كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل
بالتقليد بخلاف ما اذا كان يمكنه ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان
القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها

لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية
القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا ان كان من مال
الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا
اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا و
يبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا
ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال
لكشف الحال لا للالزام قال: وينظر في حال المحبوسين
لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن
انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا
وشهادة الفرد ليست بمقبولة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم يقم
البينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي
المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في
الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به
لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي
هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره
ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا
اذا بدأ بالاقرار لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ويجلس
للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض
المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح
يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص
والحائض وهي ممنوعة من دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت
المساجد لذكر الله تعالى والحكم فيه وكان رسول الله عليه السلام
يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في
المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في
المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع

من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد
أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة
ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه
من كان يجلس معه قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة ولا يقبل هدية
إلا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لأن
الأول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جريا على العادة وفيما
وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل
هديته وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه
لأجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن
الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ويدخل في
هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رح أنه يجيبه وإن كانت
خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا
يتخذها ويشهد الجنازة ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم
قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها
هذين ولا يضيف أحد الخصمين دونه لأن النبي عليه السلام نهى
عن ذلك ولأن فيه تهمة وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال
لقوله عليه السلام إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس و
الإشارة والنظر ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة للتهمة
ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما
لأنه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لأنه يذهب بمهابة
القضاء ويكره تلقين الشاهد ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا
وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه
أبو يوسف رح في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة
المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل

فصل

في الحبس وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس

غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة
فلا بد من ظهورها وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه
مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال
فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة حبسه
كما إذا ثبت لظهور المطل بإنكاره قال فإن امتنع حبسه في
كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد
كالمهر والكفالة لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وإقدامه
على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على
أدائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما
سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه
لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين
وعلى المدعي إثبات غناه ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك
لأن الأصل هو العسرة ويروى أن القول قوله إلا فيما بدله مال
وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر وفي إعتاق العبد المشترك
القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين الأخيرين والتخريج على ما
قال في الكتاب أنه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة
بالموت على الاتفاق وكذا عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق ثم فيما كان
القول قول المدعي أن له مالا أو ثبت له ذلك بالبينة فيما كان القول
قول من عليه يحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور
ظلمه في الحال وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد أن
تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك
من التقدير شهرا وأربعة أشهر إلى ستة أشهر والصحيح أن التقدير
مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه قال
فإن لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لأنه استحق النظر
إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على إفلاسه

قبل الدفع تقبل في رواية وفي رواية لا تقبل وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر انشاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحد والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي الى القاضي

قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رح انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف

في موضعه وعن محمد رح انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم فيه التغيير وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رح آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف رح فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح قال ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق

بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله
او في غير عمله وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن
فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين
لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى
كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو كان مات
الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار
كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي
في اثباتهما

فصل آخر

قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء
الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس
للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد
القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة
الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به
اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني
بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة و
هذا لانه حضره راي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير
الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله واذا رفع الى القاضي
حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون
قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى
به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان
القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد
الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به
فلا ينقض بما هو دونه وكذا المجتهد اذا تبدل رايه والى هذا اشار
عمر بذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي ولو قضى في المجتهد فيه
مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا

ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ
في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد
فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة هي المشهورة منها و
فيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس
باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول وكل شيء قضى به
القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح
وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين وهي
مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر
في النكاح ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه
وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر
الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار
ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء
لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام
الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه قد
يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون
حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا
في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في
جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع قال ويقرض
القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحقوق لان في الاقراض مصلحتهم
لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج و
الكتابة ليحفظه واذا اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج
والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج ٥

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا
فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح
تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه

بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء ولا يجوز تحكيم
الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي
لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق إذا حُكِّم
يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكِّمَين أن يرجع
ما لم يحكم عليهما لأنه مقلَّد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما وإذا حكم
لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما وإذا رفع حكمه إلى القاضي
فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك
الوجه وإن خالفه أبطله لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز
التحكيم في الحدود والقصاص لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا
لا يملكان الإباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز
التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح إلا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج
إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وإن حكما في دم خطأ فقضى
بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم
من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي
بالدية على العاقلة لأنه مخالف رأيه ومخالف النص إلا إذا ثبت
القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله ويجوز أن يسمع البينة و
يقضي بالنكول وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع ولو أخبر
بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله
لأن الولاية قائمة وإن أخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم
الحاكم لأبويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لأنه
لا يقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم
بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة
فكذلك القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج
فيه إلى الرأي. مسائل شتى من كتاب القضاء وإذا كان
علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا

ينقب كوة عند أبي حنيفة معناه بغير رضاء صاحب العلو وقالا يصنع
ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على
علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة فلا خلاف فيه وقيل الأصل
عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والملك يقتضي الإطلاق والحرمة
بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف
في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والإطلاق
بعارض فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو
من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه. قال وإذا كانت زائغة
يتشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل
الزائغة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لأن فتحه
للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصا حتى لا يكون
لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لأن المرور
فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه رفع جداره
والأصح أن المنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في
كل ساعة ولأنه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب. قال
وإن كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا لأن لكل واحد
منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في
الشفعة إذا بيعت دار منها. قال ومن ادعى في دار دعوى
وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح
على الإنكار وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى والمدعى وإن
كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول فهو جائز عندنا لأنه جهالة
في الساقط فلا تفضي إلى المنازعة على ما عرف. قال ومن
ادعى دارا في يد رجل أنه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال
جحدني الهبة فاشتريتها وأقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي
يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض إذ هو يدعي الشراء

بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها يقبل لوضوح
التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل
جحدني الهبة فاشتريتها لم يقبل ايضا ذكر في بعض النسخ لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه
فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه
عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ثم اجمع
البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحد
كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع
على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد
اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه
لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد
بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف
صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه
ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف
والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه
بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره
بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف
وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به
فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده
التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف
درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف
درهم فليس له عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له
والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا
قال اشتريت وانكر ثم صدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد
بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق

اما المقر له يتفرد برده فافترقا قال ومن ادعى
على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على
الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء
وقال زفر لا يقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره
فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ
منه الا ترى انه يقضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا
لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق ما ظهر ولو قال ما كان
لك علي شيء قط ولا اعرفك لم يقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء
لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء
ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري انه يقبل ايضا
لان المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه
بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى
على آخر انه باع جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة
على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ
اليه من كل عيب لم يقبل بينة البائع وعن ابي يوسف انه يقبل اعتبارا
بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء
وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان
مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر
قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي
ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك
وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان
ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق
وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم
العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده

حرٌ وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك
فرجه قالوا لا يلحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل

في القضاء بالمواريث واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت
اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول
الورثة وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث
فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال
فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر
نعتبره للدفع وما ذكره يعتبر للاستحقاق ولو مات المسلم وله
امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته
وقالت الورثة لا بل اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا
يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه
واما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا
قال ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم
وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه
يدفع اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار
كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر
لرجل انه وكيل المودع بالقبض لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي
فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون
اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون
اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه
ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول لانه
لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على
الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر
للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح
قال واذا قسم الميراث بين الغرماء او الورثة لا يوخذ

منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم و
هذا عند ابي حنيفة رح وقالا يوخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت
الديون والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره
لهما ان القاضي نصب ناظرا للغيب والظاهر ان في التركة وارثا
غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا
دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة من ماله
ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق
موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين
على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما
اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو
معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف
وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان
الحق غير ثابت فكان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء
السبيل وهذا يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه
البعض قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة
ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له
بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق
منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان الذي هو في
يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده
لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه
امين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت
ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي
والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له و
للقاضي ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق
لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها

محضة فشابهها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب
دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل
المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رح فيه اظهر لحاجته
الى الحفظ واما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما
نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة
البينة ويسلم القضاء اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب
خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي
له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة
عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح
نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة
بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان
الكل في يده ذكره في الجامع الصغير لانه لا يكون خصما بدون اليد
فيقتصر القضاء على ما في يده **ومن قال مالي في المساكين صدقة**
فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس
ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في
الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى
فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية
اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر
التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية فتقع في
حال الاستغناء فينصرف الى الكل وتدخل فيه الارض العشرية عند ابي
يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده
وعند محمد لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فلا
تدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املك
صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال
والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال ولا مخصص في

لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين
الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل
تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق
بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف احوال
الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر
وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى
المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله
قال ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا
من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم و
عن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة
بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على
الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة
فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام
ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم
لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن
اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام
امر **قال** ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد
عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد كفاية وله انه
خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد
او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة
المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى
بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر واذا باع
القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم
يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام

وكل منهم لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فتضيع
الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لأن البيع واقع لهم فيرجع
عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا
عليه ولهذا يباع بطلبهم فان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم
استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي
لأنه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار
كما اذا باع بنفسه **قال** ويرجع الوصي على الغرماء لأنه
عامل لهم فان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا
ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لأنه لحقه في امر الميت
والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه اذا لم يكن في التركة دين
كان العاقد عاملا له **فصل آخر** واذا قال القاضي قد
قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه
وسعك ان تفعل وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله
حتى تعاين الحجة لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير
ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية
لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر
انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولأن طاعة
اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور ان
كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وان كان
عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان
جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة
الخطأ والخيانة **قال** فاذا عزل القاضي فقال لرجل
اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل
اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع
يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا

انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في
قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا
يمين عليه لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو
اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لأن فعله في
حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم
المقطوع يده او المأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل
فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لأنه اسند فعله الى حالة معهودة
منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون
والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع او الآخذ في هذا الفصل بما
اقر به القاضي يضمنان لأنهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول
في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف
الاول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد
الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق
القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ
منه لأنه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول
المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادة

الشهادة فرض يلزم الشهود اداؤها ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم
المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى
ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي
لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود
يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لأنه بين حسبتين اقامة
الحد والتوقي عن الهتك **قال** والستر افضل لقوله صلى الله
عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال
صلى الله عليه وسلم من ستر على اخيه المسلم ستر الله عليه في الدنيا و
الآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم و

اصحابه ولانه ظاهر على فضيلة الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال
في السرقة فيقول اخذ المال احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق
محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان
لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة
على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال
لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا يقبل
فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله
صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في
الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة
الرجال فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية
الحدود والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم ولا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا
قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين
او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح و
الطلاق والوكالة والوصية والهبة والاقرار والابراء والولد و
الولاء والنسب ونحو ذلك وقال الشافعي رح لا يقبل
شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها
عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها
لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع
منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم
خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا
ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو
المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني
يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار

ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد
ذلك الا الشبهة فلهذا لا يقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه
الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس
كيلا يكثر خروجهن قال ويقبل في الولادة والبكارة و
العيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة
لقوله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل
وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة
ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى
والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في
الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق
بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا
اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله
الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على
استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما
يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما
تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال
فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك
كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة
وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن
ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان
العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه
وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل
شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول
اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة

واما لفظ الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها
بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ
اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك
كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في
شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من
معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية و
الاسلام قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في
المسلم ولا يسال حتى يطعن فيه الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون
عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رض
ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول
الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود لانه يحتال
لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فان
طعن الخصم فيهم يسال عنهم لانه تقابل الظاهران فيسال طلبا
للترجيح وقالا لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق
لان القضاء يبتنى على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن العدالة
وفيه صون القضاء عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة
الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر
كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل و
الشاهد لينتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر
الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد
تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز
الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية
ثابتة بالدار وهو اصح قال وفي قول من راى ان يسال
عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي

يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان
العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم
كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضع المسئلة فيما
اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا ونسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول
صدقة فقد اعترف بالحق وان كان رسول القاضي الذي يسال عن
الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى
هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية
في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتنى على ظهور العدالة وهو
بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة
في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط
فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة
فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى
صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد
بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط
الاربع في تزكية شهود الزنا عند محمد رح فصل وما يتحمله
الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار
والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه
ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في
اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال
النبي صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال
ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء
الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه
النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على
الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه

حصل العلم في هذه الصورة. ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة
على الشهادة فإذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على
شهادته إلا أن يشهده لأن الشهادة غير موجبة بنفسها وإنما
تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل ولم
يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع
أن يشهد لأنه ما حمله وإنما حمل غيره. ولا يحل
للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة لأن الخط
يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يحل له
أن يشهد وقيل هذا بالاتفاق وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي
شهادة في ديوانه أو قضيته لأن ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه
يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة
في الصك لأنه في يد غيره وعلى هذا إذا ذكر المجلس الذي كان فيه
الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت. قال
ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت و
النكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسعه أن يشهد بهذه الأشياء
إذا أخبره بها من يثق به والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة مشتقة
من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل وصار كالبيع. وجه الاستحسان
أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها
أحكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة على التسامع
أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام بخلاف البيع لأنه يسمعه كل واحد
وإنما يجوز للشاهد أن يشهد فيها بالاشتهار وذلك بالتواتر أو
بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط أن يخبره رجلان
عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى
بإخبار واحد أو واحدة لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد إذ
الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا

كذلك النسب والنكاح وينبغي أن يطلق أداء الشهادة أما إذا فسر
للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في
الأملاك تطلق الشهادة فيها ثم إذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى
إنسانا جلس مجلس القضاء تدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على
كونه قاضيا وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل
واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج كما إذا رأى عينا في يد غيره ومن
شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر
للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء ينفي اعتبار
التسامع في الولاء والوقف وعن أبي يوسف رحمه الله آخرا أنه يجوز في الولاء
بمنزلة النسب وعن محمد أنه يجوز في الوقف لأنه يبقى على مر الأعصار إلا
أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما
يبتنى عليه وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله
دون شرائطه لأن أصله هو الذي يشتهر. قال ومن كان في
يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد أنه له لأن اليد أقصى ما
يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى بها
وعن أبي يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له قالوا و
يحتمل أن يكون هذا تفسيرا لإطلاق محمد في الرواية. قال
الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لأن
اليد متنوع إلى أمانة وملك قلنا والتصرف يتنوع أيضا إلى نيابة وأصالة
ثم إن عاين المالك والملك حل له أن يشهد وكذا إذا عاين الملك بحدوده
دون المالك استحسانا لأن النسب يثبت بالتسامع وإن لم يعاينهما أو
عاين المالك دون الملك لا يحل وأما العبد والأمة فإن كان يعرف
أنهما رقيقان فكذلك لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه وإن كان لا
يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكذلك
لأنه لا يد لهما وإن كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لأن

لهما بنا على انفسهما فيدفع بها المغرم عنهما فانعدم دليل الملك و
عن ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب
والفرق ما بيناه. باب من يقبل شهادته
ومن لا يقبل قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رح
وهو رواية عن ابي حنيفة رح انه يقبل فيما يجري فيه التسامع لان
الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف رح
والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة
والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما
في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين
المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن
التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار
كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة
ومحمد لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة
عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا
لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال
ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان
لا يثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في
القذف وان تاب لقوله عليه السلم تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة
ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف
المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال
الشافعي رح يقبل بعد التوبة لقوله تعالى الا الذين
تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله
تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن قال ولو
حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة
فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى

بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده
برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده
وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله
صلى الله عليه وسلم لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده
ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى
لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين الاولاد والاباء
متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكاة اليهم فتكون شهادة لنفسه من
وجه او تتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد
بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر
نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة
للقانع باهل البيت والمراد قيل الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب
الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال (وهو الاجير الواحد)
ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي رح
تقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص
والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في
الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع
متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما
بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به ولا شهادة
المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين
او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال
ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما
لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما
تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه
وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة
لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة المخنث

ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه
لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة. قال: ولا نائحة
ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فانه صلى الله عليه وسلم نهى عن
الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية. قال: ولا مدمن
الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه
يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير
طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني. قال:
ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة. قال:
ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق. قال:
ولا من يدخل الحمام بغير مئزر لان كشف العورة حرام. قال:
او يأكل الربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر
وكذلك كل من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب
بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا و
شرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو
عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا. قال: ولا من
يفعل الافعال المستحقرة كالاكل على الطريق والبول على الطريق لانه
تارك المروءة واذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب
فيتهم. ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف
من يكتمه. قال: وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية. وقال
الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث
الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه وصار كمن يشرب المثلث او يأكل
متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي
والعداوة لامر ديني غير مانعة لما بينا وان كانت لامر دنيا وهي
ظاهرة مانعة لظهور الفسق واما الخطابية فهم من غلاة الروافض
ينسبون الى ابي الخطاب لكونهم يعتقدون الشهادة لكل من حلف

عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فيتمكن التهمة في
شهادتهم. قال: وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض
وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال
الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره و
لهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي ان
النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه
من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة
على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما
يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه
لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له
بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل
الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول. ولا تقبل
شهادة الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستامن لانه لا ولاية
له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة
الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهادة المستامنين
بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة وان كانوا من اهل دارين
كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا
يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن
قال: وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل
ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في
حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك
يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة
المشروطة ولا يرد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه
الكل سد بابه وهو مفتوح احياء للحقوق. قال: وتقبل
شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه استخفافا بالدين

لانه لم يبق بهذا الصنع عدلا قال والخصي فان عمر رح
قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا
قطعت يده وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما
وقال مالك رح لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره
كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل
قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة
الجنسين مقبولة بالنص وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان
عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا
على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف
في كلامه يقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رح في الفاسق لانه
لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستأجر على
الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما
اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي
لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى
لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين وشهد
الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة
للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية
نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه
الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة و
الوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما
عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه
ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين
للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما
يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا
ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر

لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب
فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال
ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما
لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة ولا يتحقق الالزام ولان فيه
هتك الستر والستر واجب دون الاشاعة الا اذا شهدوا على اقرار
المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام
الرجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل لانه
شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان امرا زائدا عليه فلا
خصم في اثباته لان المدعى عليه اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه
البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة
فاعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده يقبل لانه خصم في ذلك
ثم يثبت الجرح بناء عليه لانه تعلق به تمام الحد وهو رد الشهادة
وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم
على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك
المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في
قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي يقبل قال
ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا
جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق
علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله
لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه
وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه
يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس
اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك
اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض
النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة

الكلام اصلا يقبل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجراه فذلك
ان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

الشهادة اذا
وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق
العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما
يخالفها **قال** ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى
جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله فان شهد احدهما بالف و
الآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان
المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان
والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد
احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما
فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رح انهما اختلفا
لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان
الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل
واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال **قال**
واذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا
وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها
لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على
الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف
والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس
بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن
لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه
المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب
ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني

استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت للتوفيق **قال**
واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما
بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شاهد فرد
الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد
القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا
قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى
يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع
الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم وشهد احدهما انه
قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد
احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل
وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا
اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول
قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر
بمكة وشهد الآخران انه قتله يوم النحر بكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم
يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبة وليست احديهما باولى من
الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل
لان الاولى ترجحت باتصال القضاء فلا تنتقض بالثانية **قال**
واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال
احدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رح و
قالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان
كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان
لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل
نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار
كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي
من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من

جانب وهذا يصير والبياض من جانب آخر والآخر يشاهد بخلاف
الغصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والأنوثة
لا يجتمعان في ذات واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا
كيفية قال ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان
بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة فالشهادة باطلة لأن
المقصود إثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف
المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولأن المدعي يكذب أحد
شاهديه وكذا إذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين أن
يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة
لأن المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا إذا
كان هو المولى لأن العتق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات
السبب وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إن
كان المدعي هو العبد والمرأة والقاتل لأن المقصود إثبات العقد
والحاجة ماسة إليه وإن كانت الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة
دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه ثبت العفو والعتق و
الطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن
إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل لأنه لا حظ له في الرهن فعريت
الشهادة عن الدعوى وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى
الدين وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع
وإن كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين
قال فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا
قالا أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن هذا باطل
في النكاح أيضا وذكر في الأمالي قول أبي يوسف رح مع قول أبي
حنيفة رح لهما أن هذا اختلاف في العقد لأن المقصود من الجانبين
السبب فأشبه البيع ولأبي حنيفة رح أن المال في النكاح تابع والأصل

فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت
ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ويستوي
دعوى أقل المالين وأكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما إذا
كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع
أنه لا يقبل لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد
وقيل الاختلاف في الفصلين وهو الأصح والأوجه ما ذكرناه. فصل
في الشهادة على الإرث قال ومن أقام بينة على دار أنها
كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها و
لا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثا له وأصله أنه متى ثبت ملك
المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثا له
عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف هو يقول إن ملك الوارث
ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث
وهما يقولان إن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء
في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث
الفقير فلا بد من النقل إلا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث
وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره
إن شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب
لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فأغنى ذلك
عن الجر والنقل فإن شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده
جازت الشهادة لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة
الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة
على قيام ملكه وقت الموت وإن قالوا لرجل حي نشهد أنها كانت
في يد المدعي منذ شهر لم تقبل وعن أبي يوسف أنها تقبل لأن اليد
مقصودة كالملك ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار
كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما إن

الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك
وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه
معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو
وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به فليس
الخبر كالمعاينة فان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان
الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر
انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار
وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا
استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء
الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى
الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت
الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال
الكذب وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص قال وتجوز شهادة شاهدين على
شهادة شاهدين وقال الشافعي رح لا تجوز الا الاربع
عن كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار
كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا
شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا
بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد
لما روينا وهو حجة على مالك ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب
الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل
لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان
اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد
من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد عنده كما يشهد عند

القاضي لينقله الى مجلس القضاء وان لم يقل له اشهد لي على نفسه
جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال
ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد
من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا
واقصر منه وخير الامور اوسطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم
يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي لانه لا بد من
التحميل وهذا ظاهر عند محمد لان القضاء عنده بشهادة الفروع
والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما
لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر ما هو تحميل حجة
قال ولا تقبل شهادة الفروع الا ان يموت شهود الاصل
او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون
فيه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل
وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة
ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل
هذا الحكم وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة
لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا
الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال
وان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا
اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه
منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه
كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة
قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في
حالهم وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح لا يقبل
لانه لا شهادة الا بالعدالة واذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا

قيل ولأبي يوسف رح أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد
يخفى عليهم وإذا لم يعدلوا نظر القاضي في حالهم كما إذا حضروا بأنفسهم
وشهدوا وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود
الفرع لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط وإذا شهد
رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف وقالا أخبرانا
أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فإنه
يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة لأن الشهادة على
المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها
غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة
ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان
على أن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود
المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب
القاضي إلى القاضي لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي
لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا
في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها وهي
القبيلة الخاصة وهذا لأن التعريف لا بد منه في هذا وهو لا يحصل
بالنسبة إلى العامة وهي عامة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ويحصل
بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية
نسبة خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل إلى السكة
الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وإن كان
يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رح خلافا لأبي يوسف على ظاهر
الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل
منزلة الجد الأدنى قال أبو حنيفة رح شاهد
الزور أشهره في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه
وهو قول الشافعي رح لهما ما روي عن عمر أنه ضرب شاهد الزور

أربعين سوطا وسخم وجهه ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد
وليس فيه حد مقدر فيعزر وله أن شريحا كان يشهر ولا يعزر ولأن
الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه
يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا إلى هذا الوجه وحديث عمر
محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم ثم تفسير
التشهير منقول عن شريح فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا أو إلى
قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول إن شريحا يقرئكم
السلام ويقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس
وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس
على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي
الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران
وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرناه من الحكم هو المقر على نفسه
بذلك فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينات
للإثبات

كتاب الرجوع عن الشهادة

قال وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت
لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان
عليهما لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فإن حكم
بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا
ينقض الحكم بالتناقض ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد
ترجح الأول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما أتلفوه
بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة
الإقرار وسنقرره من بعد إن شاء الله قال ولا يصح الرجوع
إلا بحضرة الحاكم لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من
المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان ولأن الرجوع توبة والتوبة
على حسب الجناية فالسر بالسر والإعلان بالإعلان وإذا لم يصح الرجوع

في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا
يحلفان وكذا لا يقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام
البينة انهم رجعوا عند قاضي كذا وضمنهم المال تقبل لان السبب صحيح واذا
شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان
التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كما في حافر البئر وقد سببا
للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند
وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي
لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر
استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان
اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه
لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين قال: فان رجع
احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من
رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع
احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان
الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان
يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى
نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق
لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان
بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع
ثمانية فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان
رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل
والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل و
النساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداس الحق عند
ابي حنيفة رح وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن
وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن الا بانضمام

رجل ولابي حنيفة رح ان كل امرأتين قامت مقام رجل واحد قال
صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن
بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا
وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على
القولين لما قلنا ولو شهد رجل وثلث نسوة ثم رجعوا فعندهما على
الرجل نصف الحق والنصف على النسوة وعنده عليه الخمسان وعليهن
ثلثة الاخماس على الاصل الذي قدمنا ولو رجع الرجل والمرأة فعليه
النصف كله عندهما وعنده عليه وعلى الراجعة اثلاثا على الاصل الذي
قدمنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما
دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف
اليها الحكم قال: وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح
بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل
من مهر المثل لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين
يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها
تصير متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذلك ان شهدا على
رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان
البضع متقوم حالة الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف
وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض
وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة
لانهما اتلفاها من غير عوض وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر
ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان
باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض
ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب
هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فاضيف التلف
اليهما وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم

رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكّدا ضمانا كان على شرف السقوط ألا
يرى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً ولأن الفرقة
قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مرّ في النكاح ثم
يجب نصف المهر ابتداءً بطريق المتعة فكان واجباً بشهادتهما وإن كان
بعد الدخول لم يضمنا. وإن شهدا أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته
لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق
لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء. وإن شهدا بقصاص ثم
رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهم. وقال الشافعي
رح يقتص منهم لوجود القتل تسبيباً فأشبه المكره بل أولى لأن الولي
يعان والمكره يمنع ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيباً لأن
السبب ما يفضي إليه غالباً ولا يفضي هنا لأن العفو مندوب بخلاف
المكره لأنه يؤثر حياته ظاهراً ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة
ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع
الشبهات والباقي يعرف في المختلف. قال وإذا رجع
شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان
التلف مضافاً إليهم. ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود
الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد
ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل
القضاء. وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد وعند
أبي حنيفة وأبي يوسف لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفروع
لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وكذا أن الفروع
نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا. ولو رجع الأصول والفروع
جميعاً فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لأن القضاء وقع بشهادتهم
وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمّن الأصول وإن شاء ضمّن
الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرنا وبشهادة

الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع
بينهما في التضمين. وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا
في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك لأن ما أمضي من القضاء لا ينقض بقولهم
ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على
غيرهم بالرجوع. قال وإن رجع المزكون عن التزكية
ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود
خيراً فصاروا كشهود الإحصان وله أن التزكية إعمال للشهادة إذ القاضي لا
يعمل بها إلا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الإحصان
لأنه شرط محض. قال وإذا شهد شاهدان باليمين
وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة
لأنه هو السبب والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض
ألا يرى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط
ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسألة
يمين العتق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره لأن
الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج
إلى أن يوكل غيره فيكون سبيلاً منه دفعاً للحاجة وقد صح أن النبي
صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة
قال وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق
لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات وقد
صح أن علياً وكل عقيلاً وبعدما أسن وكل عبد الله بن جعفر وكذا
بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح
باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندرئ بالشبهات وشبهة
العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة
الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء

هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه يفسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاء الخصم وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي قال ابو بكر الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة

ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك التصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكلا صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او محجور عليه له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل وكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول فاذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فيتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا

للوكيل السابق كالعبد يشتريه ويقبضه هو الصحيح قال رح
وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى وكل عقد يضيفه
الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق
بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل
المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن
اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار
كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط
فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان
سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح
عن الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول
والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير
ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل
اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة
الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف
الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن
فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق تعود
الى العاقد فلو دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان
نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم
في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة
ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين
الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند ابي
حنيفة ومحمد لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل
في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل

في الشراء قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من
تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به

معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما
رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل
ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان
مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض
الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى
الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من
كل جنس فلا يدرى مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع
انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع
معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا
وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين نوعا
مثل التركي والحبشي والهندي والسندي والمولد جاز وكذا
اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة
كالجودة او الرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده
من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال
لاخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة
فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف
يطلق على الخيل والحمار والبغال فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول
الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار
يشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف
الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال
قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدابة والثوب
جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا او نحوه
قال ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها
طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم
اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه

العرف ملك وهو على ما ذكرنا اذا ذكر مقرونا بالبيع والشرى و
لا عرف فى الاكل فبقى على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة
وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق
قال: واذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب
فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع فى يده لانه من حقوق العقد و
هى كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم
الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه و
لهذا كان خصما لمن يدعى فى المشترى دعوا كالشفيع وغيره قبل
التسليم الى الموكل لا بعده قال: ويجوز التوكيل بعقد
الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر و
مراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان
الوكيل يبيع طعاما فى ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز
وان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق
من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق
بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به
الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة
فى العقد لا فى القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول
قبض غير العاقد فلم يصح قال: واذا دفع الوكيل بالشرى
الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت
بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا فى الثمن يتحالفان ويرد
الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل
فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا
بدفعه من ماله فان هلك المبيع فى يده قبل حبسه هلك من مال
الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير
الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفى الثمن لما بينا انه بمنزلة

البائع من الموكل وقال زفر رح ليس له ذلك لان الموكل
صار قابضا بيده وكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا
يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه فى الحبس على ان قبضه
موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك
كان مضمونا ضمان الرهن عند ابى يوسف وضمان المبيع عند محمد رح وهو
قول ابى حنيفة وضمان الغصب عند زفر رح لانه منع بغير حق لهما
انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه
ولابى يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو
الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل
العقد قلنا ينفسخ فى حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضى
الوكيل به قال: واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم
فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم
لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابى حنيفة رح وقالا يلزمه
العشرون وذكر فى بعض النسخ قول محمد مع قول ابى حنيفة رضى الله
عنه ومحمد رح لم يذكر الخلاف فى الاصل لابى يوسف انه امره بصرف
الدرهم فى اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين
فقد زاده به خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين
ولابى حنيفة رح انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة
فنفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما اذا استشهد
به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا
اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه
بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر
قال: ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له ان يشتريه
لنفسه لانه يؤدى الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه
ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى

بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه
فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه
لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل
الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال
وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول
نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال العبد الضعيف
رح هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر
وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله
لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه
الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة
اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا
وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها
لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان
تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا
وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رح هو للعاقد
لان الاصل ان يكون كل احد عاملا لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم
يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين
فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه و
لان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح
كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه
قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت
فمات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان
كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول اخبر
عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول
للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة

فيقبل

فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا
فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه
وعن ابي حنيفة رح القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا
رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا
لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان
امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان
الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه
ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك
الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة
رح ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون
فلان امره بذلك فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه
بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن
له ان يأخذه لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه
المشتري له فيكون بيعا عنه وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي
كمن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة
على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو
يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب
قال ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما
ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق
الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا
كله بالاجماع ولو امره بان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة
رضي الله عنه ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر
لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين
دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل

منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلنا الزيادة او كثرت فلا
يكون الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان
شراء الاول قائم وقد يحصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت
الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها قال ابو يوسف رح
ومحمد رح ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس
فيه وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق
لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف
باقية يشترى بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال
ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان
في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكر ان شاء الله
ولو امره بان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من
قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رح هو لازم للآمر اذا
قبضه المأمور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما
ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانا او عينا
الا يرى لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد
وصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد
الوكيل كيده ولابي حنيفة رح انها تتعين في الوكالات الا ترى انه
لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او
اسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من
غير من عليه الدين من ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى
بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله و
ذلك بط كما اذا قال اعط ما لي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين
البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا
امره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل

نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد
البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري
بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور
اشتريتها بالف فالقول قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي
الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي
عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول
للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول
ما يساوي الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه الالف
فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت
قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الوكيل والموكل في هذا ينزلان
منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه
التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور قال
ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال
الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور
فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف
بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر
الخلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف
وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي
عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول
الامام ابي منصور وهو اظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى
بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه
على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء
العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه
الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء ولا

لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن
العمل بها إذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز
فيه متعين وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب
عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء
بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين
هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا
فمعتق للمولى ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب
في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان قال ومن قال
لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان ففعل
فهو للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن
ماليته والبيع يرد عليه من حيث أنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك
البائع الحبس بعد البيع فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع
العقد للآمر وإن عقد لنفسه فهو حر لأنه إعتاق وقد رضي به المولى
دون المعاوضة والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس
تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل
لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك
فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل
شهادته له عند أبي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من
عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة و
المنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى
وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة
مستثناة عن الوكالة وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة
ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والإجارة و
الصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه

بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رح وقالا لا يجوز بيعه بنقصان
لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير لأن مطلق الأمر
يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها و
المتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد
والأضحية بزمان الحاجة ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من
وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق
اسم البيع وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير
موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى
الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رح على
ما هو المروي عنه وأنه بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به
غير أن الأب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر
فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد
منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة و
زيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله
لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره
على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه
لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر
مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا تتمكن
هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد قال
والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في
العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده
لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط
وكثرة الغبن لقلة التصرف قال وإذا وكله ببيع عبده فباع
نصفه جاز عند أبي حنيفة رح لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع
ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به

أولى وقالا لا يجوز لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن
يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى
الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع
الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع ظهر أنه
لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وإن وكله بشراء عبد
فاشترى نصفه فالشراء موقوف فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن
شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة
فيحتاج إلى شرائه شقصا شقصا فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر
البيع تبين أنه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لأبي
حنيفة رح أن في الشراء يتحقق التهمة على ما مر وآخر أن الأمر بالبيع يصادف
ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم
يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق قال ومن أمر
رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري
بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقرار فإنه
يرده على الآمر لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن
قضاء مستندا إلى هذه الحجج وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي
يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج
إلى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء
وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها
في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها
وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة قال
وكذلك إن رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين لأن البينة
حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم
ممارسته المبيع فلزم الآمر قال فإن كان ذلك بإقرار
لزم المأمور لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت

والنكول إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف
ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن
يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد
بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة وهو الإقرار
فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة
ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير
خصومة في رواية لأن الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له أن
يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع
بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا قال
ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور
أمرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لأن الأمر يستفاد من جهته
ولا دلالة على الإطلاق قال وإن اختلف في ذلك
المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لأن الأصل في المضاربة
العموم ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة
الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب
في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيه بتصادقهما
فنزل إلى الوكالة المحضة ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة إلى
أي أجل كان عند أبي حنيفة رح وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد
تقدم قال ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن
رهنا فضاع في يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لأن
الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان
وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل
نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل
بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه
فصل وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون

الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لأن
الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما والبدل وإن كان مقدراً ولكن
التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال
إلا أن يوكلهما بالخصومة لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى
الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة
قال أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض
أو برد وديعة أو قضاء دين عليه لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى
الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف
ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه
تفويض إلى رأيهما ألا يرى أنه تمليك مقتصر على المجلس ولأنه علق
الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل
أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به وهذا
لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال إلا أن
يأذن له الموكل لوجود الرضا أو يقول له اعمل برأيك لإطلاق التفويض
إلى رأيه وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى
لا يملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموتهما لأنهما نائبا الأول وقد مر
نظيره في أدب القاضي قال فإن وكل بغير إذن موكله
فعقد وكيله بحضرته جاز لأن المقصود حضور رأي الأول وقد حضر و
تكلموا في حقوقه وإن عقد في حال غيبته لم يجز لأنه فات رأيه إلا أن
يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه لأنه حضر رأيه
ولو قدر الأول الثمن للثاني فعقد في غيبته يجوز لأن الرأي يحتاج فيه
لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين
وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع
رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه أما إذا لم يقدر الثمن
وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو التقدير في الثمن

قال وإذا زوج المكاتب والعبد والذمي ابنته وهي صغيرة
حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لأن الرق
والكفر يقطعان الولاية ألا يرى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف
يملك إنكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته
عليه ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق
ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم
فلا تفوض إليهما قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
والمرتد إذا قتل على ردته والحربي كذلك لأن الحربي أبعد من الذمي
فأولى أن يسلب الولاية أما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذاً عندهما
لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية و
ذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على
الردة فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل كان مسلماً فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافاً لزفر رح هو يقول رضي بخصومته
والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا أن من ملك شيئاً ملك
إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر
رح لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن
على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل
الرواية لأنه في معناه وضعاً إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على
الوضع والفتوى على أن لا يملك قال فإن وكل وكيلين
بالخصومة لا يقبضان إلا معاً لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما
واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال
والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة رح حتى
لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده وقالا لا
يكون خصماً وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن القبض غير الخصومة

وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا
بالقبض رضاً بها ولابي حنيفة رح انه وكله بالتملك لان الديون تقضى
بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين
حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل
بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون
خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الاخذ هنالك والوكيل بالشراء
لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقاً و
هو اصيل فيها فيكون خصماً فيها قال والوكيل بقبض العين
لا يكون وكيلاً بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه
الرسول حتى ان من وكل وكيلاً بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده
البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان
والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه
الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقصر
يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البائع وصار كما اذا اقام
البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا
قال وكذا العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا
اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على
الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يدها حتى يحضر الغائب استحساناً دون العتق
والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند
القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة رح
ومحمد رح استحساناً الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف
رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القاضي وقال زفر رح و
الشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولاً وهو القياس
لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة و
الامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا

استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة
ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل
صحيح قطعاً وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً وذلك مطلق الجواب دون
احدهما عيناً وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى
فيصرف اليه تحرياً للصحة قطعاً ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه
لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رح انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة
على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب
والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه ويخير الطالب فيه
فبعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا
يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول
جواباً يسمى خصومة حقيقة او مجازاً والاقرار في مجلس القضاء خصومة
مجازاً اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر
اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا
اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة
حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضاً فصار كالاب والوصي
اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه قال
ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن
وكيلاً في ذلك ابداً لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار
عاملاً لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم
للوكالة لكونه اميناً فلو صححناها لا يقبل لكونه مبرئاً نفسه فينعدم
بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته
للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن
العبد كان باطلاً لما بينا قال ومن ادعى انه وكيل الغائب
في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه
لان ما يقضيه خالص ماله وان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم

الدين ثانياً لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك
قوله مع يمينه فيفسد الأداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في
يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله أن ينقض قبضه
وإن كان ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف أنه محق في
القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال
إلا أن يكون ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في
زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة
بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه
إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل
لأنه لم يصدقه في الوكالة وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة فإذا
انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة
وهذا أظهر لما قلنا في فارق المسئلة على وجوه التصديق والتكذيب
والسكوت وفي الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر
الغائب إما ظاهراً أو محتملاً فصار كما إذا دفعه إلى فضولي على رجاء
الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ولأن من باشر التصرف
لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه ومن قال إني
وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقر له
بمال الغير بخلاف الدين على ما مر ولو ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة
ميراثاً له لا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى
ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه مال الوارث ولو ادعى أنه اشترى
الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه ما دام
حياً كان إقراراً بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع
عليه قال فإن وكل وكيلاً بقبض ماله فادعى
الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع المال إليه لأن الوكالة
قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال

ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لأنه نائب قال
وإن وكله بعيب في جاريته فادعى البائع رضا المشتري لم ترد عليه حتى
يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد
ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لأن
القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة كما هو
مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لأنه لا يفيد فأما
عندهما فالواجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لأن
التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الأصح عند أبي يوسف
أن يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان
حاضراً من غير دعوى البائع فينتظر النكول قال
ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة
من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء
والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهنا كذلك وقيل هذا استحسان
وفي القياس ليس له ذلك فيصير متبرعاً وقيل القياس والاستحسان في
لأنه ليس بشراء فأما الإنفاق فيتضمن الشراء فلا يدخله باب
عزل الوكيل قال وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن
الوكالة حقه فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً
بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير وصار
كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فإن لم يبلغه
العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في العزل إضراراً به
من حيث إبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فينقد من ماله
الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره
للوجه الأول وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده
قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً
ولحاقه بدار الحرب مرتداً لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه

ولهم حكم ابتدائية فلا بد من قيام الأمر وقد بطل بهذه العوارض وشرط
ان يكون الجنون مطبقا لأن قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند
ابي يوسف رح اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه
يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت وعند محمد حول كامل لانه يسقط
به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق
قول ابي حنيفة رح لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته
فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب مرتدا بطلت الوكالة واما
عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على
ردته او يحكم بلحاقه وقد مر اصله في السير قال وان كان
الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب
لأن ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا
وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا
فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء
الوكالة يعتمد قيام الأمر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق
بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل
بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن
جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته
وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما
قال رضي الله عنه هذا عند محمد رح فاما عند
ابي يوسف رح لا تعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه
رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض
اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا
ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ لأن ولاية اصل التصرف
باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فبطلت الولاية
فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد

لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رح انه
تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في
حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم
يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف
بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان
يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزوج
امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكله بطلاق فطلقها الزوج
ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما
تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها
بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لأن الحاجة قد انقضت
بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوجها الموكل لبقاء
الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء
قاض فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لأن بيعه بنفسه منع له
عن التصرف فصار كالعزل قال محمد رح له ان يبيعه مرة
اخرى لأن الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا
وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في
الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء فبغير اختياره فلم يكن
دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر
على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة
الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت
عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح
وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون
مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر
والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر قال محمد رح في الاصل

المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح
بالفقه عند الحذاق من أصحابنا رحمهما الله لأن الاعتبار للمعاني دون
الصور فإن المودع إذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وإن
كان مدعيا للرد صورة لأنه ينكر الضمان قال
ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لأن فائدة
الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة والإلزام في المجهول لا يتحقق فإن
كان عينا في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها بالدعوى وكذا
في الشهادة والاستحلاف لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك
بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلغ في التعريف ويتعلق
بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب
الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعى بها لما
قلنا واليمين إذا أنكر وسنذكر إن شاء الله تعالى فإن لم تكن
حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لأن العين لا تعرف بالوصف
والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين قال الفقيه
أبو الليث رح يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة قال
وإن ادعى عقارا حدده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به لأنه
تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التعريف بالتحديد
فإن العقار يعرف به ويذكر الحدود الأربعة ويذكر أسماء أصحاب
الحدود وأنسابهم ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة
رح على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره هو الصحيح
فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رح لوجود
الأكثر بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لأنه يختلف به المدعى ولا كذلك
بتركها وكما تشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله
في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لأنه لا بد منه لأنه إنما ينتصب
خصما إذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى

عليه أنه في يده بل لا يثبت اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح
نفيا لتهمة المواضعة إذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول
لأن اليد فيه مشاهدة وقوله وأنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد
من طلبه ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أو محبوسا بالثمن في يده
وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن
يقول في يده بغير حق قال وإن كان حقا في الذمة ذكر
أنه يطالبه به لما قلنا وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا
المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به قال
وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فإن اعترف
قضى عليه بها لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وإن
أنكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام ألك بينة فقال لا فقال
لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه
الاستحلاف قال فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة
عنها وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد
من طلبه لأن اليمين حقه ألا يرى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد
من طلبه

باب اليمين

وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة
رح معناه حاضرة في المصر وقال أبو يوسف رح يستحلف لأن
اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ولأبي حنيفة رضي الله عنه
أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا
فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي
يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة رضي الله عنه فيما ذكره
الطحاوي قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم والقسمة
تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء

وفيه خلاف الشافعي. قال: ولا تقبل بينة صاحب اليد
في الملك المطلق وبينة الخارج أولى. وقال الشافعي: يقضى
ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج و
النكاح ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاد والتدبير. ولنا
أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا لأن قدر ما أثبته اليد لا يثبته
بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد لا يدل
عليه وكذا على الإعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها. قال:
وإن نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول وألزمه ما ادعى عليه.
وقال الشافعي: لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فإذا
حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع
عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي
دليل الظهور فيصار إليه. ولنا أن النكول دل على كونه باذلا أو مقرا
إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه
فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه. قال:
وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثا فإن حلفت
وإلا قضيت عليك بما ادعاه. وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو
موضع الخفاء. قال: وإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى
عليه بالنكول. وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط و
المبالغة في إبلاء العذر. فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض
مرة جاز لما قدمنا هو الصحيح والأول أولى. ثم النكول قد يكون حقيقيا
كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت وحكمه حكم الأول إذا علم
أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح. قال: وإذا كانت
الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في
النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب و
الولاء والحدود واللعان. وقالا: يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود و

اللعان. وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا
ابني منه وأنكر المولى لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره ولا
يلتفت إلى إنكارها. لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا في
الإنكار على ما قدمناه فكان إقرارا أو بدلا عنه والإقرار يجري في هذه
الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان
في معنى الحدود. ولأبي حنيفة رح أنه بذل لأن معه لا يبقى اليمين واجبة
لحصول المقصود وإنزاله باذلا أولى كيلا يصير كاذبا في الإنكار
والبذل لا يجري في هذه الأشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول
فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون
بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو
يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه هاهنا ترك المنع وأمر المال هين.
قال: ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط
بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما
إذا شهد عليها رجل وامرأتان. قال: وإذا ادعت المرأة
طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم
جميعا لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود
هو المال وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى
المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب إذا ادعى
حقا كالإرث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لأن
المقصود هذه الحقوق وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان
يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق المرأة لأن في
دعواهما الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما. قال:
ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالإجماع ثم إن نكل عن اليمين
فيما دون النفس يلزمه القصاص وإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو
يحلف وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله

لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به
القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى
من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رضي الله
عنه ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف
الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال
للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع
الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع فاذا امتنع
القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال
واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعط كفيلا بنفسك ثلثة
ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا و
قد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه
نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور
مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله
فصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو
الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير والخطير من
المال ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى
لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال
فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم
مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى اخر المجلس فالاستثناء ينصرف
اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه
من السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها
في كتاب الحجر

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه الصلوة والسلام
من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقال من حلف بغير الله
فقد اشرك ويؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل ان يقول

قل بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم
الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك
هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في
التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين
لان المستحق يمين واحدة فانه لو قال والله والرحمن الرحيم كانا ايمانا
ثلثة ولو حذف الواو من الاخيرين كانت يمينا واحدة والقاضي بالخيار
ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا
يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير
من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق
ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي
ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب
الحلف بالطلاق قال ويستحلف اليهودي بالله الذي
انزل التورية على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على
عيسى لقوله عليه السلم لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي
انزل التورية على موسى عليه السلم ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان
اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني يعتقد نبوة عيسى عليهما السلم
فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه والمجوسي يحلف بالله
الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد رح في الاصل ويروى عن ابي حنيفة
رح في النوادر انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه
لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله خالصا وهو اختيار بعض
مشايخنا رحمهم الله لان في ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغي ان
تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف الا
بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى كما نطق به النص وهو قوله
تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال
ولا يحلفون في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن

ذلك ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود
تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على
القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع لاسيما اذا لم يتوقعا بها
المستحق عليه وهو اليمين قال ومن ادعى انه ابتاع عبده
من هذا بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله
ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما
يستحق عليك رده ولا يستحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم
يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه
قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة
بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة
فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر به
المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه ومحمد رح اما على
قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما
ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان
انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو
الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في
جانب المدعي فح يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان يدعي مبتوتة
نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها
لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في
حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف فيه على السبب
بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه يحلف بالله ما اعتقه
لانه لا يرتفع به ولانه لا يتكرر بخلاف الامة والعبد الكافر لانه
يتكرر الرق عليهما بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر
على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا فادعاه آخر
استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات

وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ
الشراء والهبة سبب لثبوت الملك وضعا فاذا امتنع صار باذلا
قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او
صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه
وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا
وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري
اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر
مجرد الدعوى والبينة اقوى منها فان اقام كل واحد منهما بينة فبينة
الزيادة اولى لان البينات للاثبات فلا تعارض في الزيادة
ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في
الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم
يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي
ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه
المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا
جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان وان لم
يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف
قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري
ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد
منهما منكر فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري
لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن
والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا
قال ويبتدأ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا وهو رواية
عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب

بالثمن أولا أو لأنه يتعجل فائدة النكول وهو إلزام الثمن ولو بدأ بيمين
البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن وكان أبو
يوسف رح يقول أولا يبتدئ بيمين البائع لقوله عليه السلام إذا
اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع خصه بالذكر وأقل فائدته
التقديم وإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضي بأيهما
شاء لاستوائهما وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف و
يحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين قال رح في الزيادات
يحلف البائع بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري
بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يضم الإثبات إلى النفي تأكيدا
والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت دل عليه حديث
القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فإن حلفا
فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على أنه لا ينفسخ بنفس التحالف لأنه
لم يثبت ما ادعى كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي
قطعا للمنازعة أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد
ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال وإن نكل أحدهما
عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا
لدعوى الآخر فلزمه القول بثبوته قال وإن اختلفا
في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف
بينهما لأن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف
في الحط والإبراء وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف
الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في
القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن فإن الثمن
دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ألا ترى
أن الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر
الخيار والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشرط فالقول للمنكر

العوارض قال فإن هلك المبيع ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا
عند أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف رح والقول قول المشتري وقال
محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو
قول الشافعي وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على
رده بالعيب لهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه
صاحبه والآخر ينكره وأنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا
اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولأبي حنيفة وأبي يوسف رح
أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه
وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ
ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولأنه لا يبالي
بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وإنما يراعى في الفائدة ما
يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا
كان الثمن دينا فإن كان عينا يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين
قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن
لم يكن له مثل قال وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا
في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا أن يرضى البائع
أن يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع
يمينه عند أبي حنيفة رح إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له و
قال أبو يوسف رح يتحالفان على الحي ويفسخ العقد في
الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك قال محمد رح
يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع
التحالف عنده فهلاك البعض أولى ولأبي يوسف رح أن امتناع التحالف
للهلاك فيتقدر بقدره ولأبي حنيفة رح أن التحالف على خلاف القياس
في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة لفوات
بعضها ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن و

لأنه يمكن القسمة على القيمة وهو يعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف
مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك
أصلا لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة الحي ويخرج الهالك عن
العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ ويصرفون الاستثناء عندهم
إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي
ولا شيء له معناه لا يأخذ البائع من ثمن الهالك شيئا أصلا وقال
بعض المشايخ رحمهم الله يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به
المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء
إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري
فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه
في القائم فإذا حلفا ولم يتفقا على شيء وادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما
يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف والصحيح أن يحلف المشتري بالله
ما اشتراهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه ما ادعاه البائع فإن
حلف يحلف البائع بالله ما باعهما بالثمن الذي يدعيه المشتري
فإن نكل لزمه دعوى المشتري وإن حلفا يفسخان العقد في القائم و
يسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك وتعتبر قيمتهما
في الانقسام يوم القبض وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض
فالقول للبائع مع يمينه وأيهما أقام البينة يقبل بينته فإن
أقاماها فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل اشترى
عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن
ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فإن
اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب
باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بدعوى النقصان في
قيمة الهالك والبائع ينكره فالقول للمنكر فإن أقاما البينة فبينة

البائع أولى لأنها أكثر إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك
وهذا الفقه وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين
وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة
وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعرفان حقيقة الحال
فيعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا
وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه
من قول أبي يوسف رح قال: ومن اشترى جارية وقبضها
ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول و
نحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة
فسخ في حق المتعاقدين وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل
القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل
القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد
البائع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد لأنه يرى النص معلولا
بعد القبض أيضا قال: ومن أسلم عشرة دراهم في كر
حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود
السلم لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود
السلم بخلاف الإقالة في البيع ألا يرى أن رأس المال لو كان عرضا فرده
بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك
في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال: وإذا
اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت
تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة يقبل بينته لأنه نور دعواه
بالحجة فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة
معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته وإن لم يكن لهما بينة
تحالفا عند أبي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في انعدام

التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان
عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ، ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل
ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له
وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعته المرأة، لشهادة
الظاهر وان كان مهر مثلها اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعت
به المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر
المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف ولا ثم
التحكيم وهذا قول الكرخي رح لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود
التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها
ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة رح ومحمد رح تعجيلا لفائدة النكول
كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح
وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا
العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهي كالمسئلة المتقدمة الا ان
قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان
تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال
واذا اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه
اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق
القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض
المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة
بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة بدئ
بيمين المؤاجر فايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة
قبلت ولو اقاماها فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف في
الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت
بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة
والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال

وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما ظاهر لان هلاك المعقود
عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا
يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها
ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم
بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستاجر
مع يمينه لانه هو المستحق عليه، وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود
عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر
لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه
ابتدأ العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر
في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى و
المكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رح لانه عقد معاوضة
يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره
العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي
يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال
وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله لا
مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال
واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل
كالعمامة للرجال لان الظاهر شاهد له، وما يصلح للنساء فهو للمرأة
كالوقاية لشهادة الظاهر لها، وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان
المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب
اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين
ما اذا وقع الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة

فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف رح تدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل

فيمن لا يكون خصما وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة رح لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمة الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رح

ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح للوجه الثاني وعند ابي حنيفة رضي الله عنه تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر بشهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة

قال وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وابو يوسف رح وهو استحسان قال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك

سقطت الخصومة بغير بينة لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه
لغيره فيكون وصولها إلى يد ذي اليد من جهته فلم يكن يده يد
خصومة إلا أن يقيم البينة أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته
كونه أحق بإمساكها

باب

ما يدعيه الرجلان وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما
يزعم أنها له وأقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول
تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة
اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتهاترتا
أو يصار إلى القرعة لأنه عليه الصلاة والسلام أقرع فيه وقال اللهم
أنت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله
عليه السلام في ناقة وأقام كل واحد منهما البينة فقضى بينهما
نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ ولأن المطلق للشهادة
في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك و
الآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف
إذ المحل يقبله وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال

فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة
من البينتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك قال

ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق
الزوجين وهذا إذا لم تؤقت البينتان فأما إذا وقتتا قال
فصاحب الوقت الأول أولى وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة
فهي امرأته لتصادقهما فإن أقام الآخر البينة قضي بها لأن البينة
أقوى من الإقرار ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة
وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر فأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها
لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه إلا أن
يؤقت شهود الثاني سابقا لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين وكذا إذا

كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج إلا على وجه
السبق قال وإذا ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى
منه هذا العبد معناه من صاحب اليد وأقاما البينة فكل واحد منهما بالخيار
إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك لأنه تغير عليه شرط
عقده ولعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وإن قضى
القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه
لأنه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة
لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له أن
يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا
فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع
الآخر به ولو وقتت إحداهما دون الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت
ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له
بالشك وإن لم يذكرا تاريخا ومع أحدهما قبض فهو أولى ومعناه أنه في
يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولأنهما استويا في الإثبات
فلا ينقض الثابت بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا إلا أن
يشهدوا أن شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة
قال وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه
من واحد وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى لأن الشراء أقوى
لكونه معاوضة من الجانبين ولأنه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة
يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض
والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح
باللزوم لأنه يرجع إلى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما
لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لأن الشيوع طارئ و
عند البعض لا يصح لأنه تنفيذ الهبة في الشائع قال
وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه فهما سواء

لاستوائهما في القوة فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه
وهذا عند أبي يوسف رح قال محمد رح الشراء أولى
والمهر على التزوج القيمة لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ
التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب القيمة عند تعذر تسليمه
وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا وأقاما بينة
فالرهن أولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة أولى لأنها تثبت
الملك والرهن لا تثبته إلا عند الهلاك وجه الاستحسان أن المقبوض
بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان أقوى
بخلاف الهبة بشرط العوض لأنه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لأنه
عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك
معنى لا صورة فإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب
التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبت أنه أول المالكين فلا يتلقى الملك
إلا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال وإن ادعيا الشراء
من واحد معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين
فالأول أولى لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه وإن أقام
كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء
لأنهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد
منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت إحدى البينتين وقتا ولم توقت
الأخرى قضي بينهما نصفين لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقديم الملك
لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحدا لأنهما
اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته فإذا أثبت أحدهما تاريخا يحكم
به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره ولو ادعى أحدهما الشراء من
رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع
الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم أرباعا لأنهم يتلقون الملك من
بائعيهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق قال

وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك
أقدم تاريخا كان أولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو رواية
عن محمد رح وعنه أنه لا يقبل بينة ذي اليد رجع إليه لأن البينتين
قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر
سواء ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فإن الملك
إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته
وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار
في أيديهما والمعنى ما بينا ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على
ملك مطلق ووقتت إحديهما دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله الخارج أولى قال أبو يوسف رح وهو رواية
عن أبي حنيفة رضي الله عنه صاحب الوقت أولى لأنه أقدم تاريخا وصار
كما في دعوى الشراء إذا أرخت إحديهما كان صاحب التاريخ أولى ولهما
أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث
وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما ولو
كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة رضي الله
عنه قال أبو يوسف رح الذي وقت أولى وقال محمد رح
الذي أطلق أولى لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد
ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولأبي يوسف رح أن التاريخ يوجب
الملك في ذلك الوقت بيقين والإطلاق يحتمل غير الأولية والترجيح
باليقين ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن التاريخ يضامه احتمال عدم
التقدم فيسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق
بخلاف الشراء لأنه أمر حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات فيترجح
جانب صاحب التاريخ قال وإن أقام الخارج وصاحب
اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد أولى لأن البينة قامت
على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له

وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رضي الله عنه انه تتهاتر
البينتان وتترك في يده لا على طريق القضاء. ولو تلقى كل واحد منهما
الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتهما على
النتاج في يد نفسه. ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج
فصاحب النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم
اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان
الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك
المطلق اذا اقام البينة على النتاج يقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة
النص قال: وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة
كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج
كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان
يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء و
الغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة
لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء ببينته
هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل
قال: وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب
اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول وان كان
يثبت اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر
بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال: وان اقام كل واحد
منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان
وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه و
هذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يقضى
بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو
اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا
يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده

ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما
قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب
يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي
القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد
الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض
مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب
محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا
بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح لجواز كل واحد من البيعين
بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت
الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى
اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما
وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه
فان اثبتتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين
وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه
اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب
آخر قال: وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر
اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد
والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال:
واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها
واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف
ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف
لا ينازع الآخر في النصف فسلم له فاستوت منازعتهما في النصف
الآخر فينصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول
والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم
واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسائل نظائر واضداد لا يحتملها هذا

المختصر وقد ذكرناه في الزيادات. قال: ولو كانت في
أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه
القضاء لأنه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده لا
يستحقه صاحبه لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف
إليه دعواه كان ظالما بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في
يده. قال: فإذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما
بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق أحد التاريخين
فهو أولى لأن الحال يشهد له فيترجح وإن أشكل ذلك كانت بينهما لأنهما
سقط التوقيت فصار كأنهما لم يذكرا تاريخا وإن خالف سن الدابة
الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم رحمه الله لأنه ظهر كذب الفريقين
فيترك في يد من كان في يده. قال: وإذا كان عبد في
يد رجل أقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة
فهو بينهما لاستوائهما.

فصل في التنازع بالأيدي

وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب
أولى لأن تصرفه أظهر فإنه يختص بالملك وكذا إذا كان أحدهما راكبا
في السرج والآخر رديفه فالراكب أولى بخلاف ما إذا كانا راكبيه
حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا إذا تنازعا في بعير و
عليه حمل لأحدهما فصاحب الحمل أولى لأنه هو المتصرف وإذا تنازعا في
قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى لأنه أظهرهما
تصرفا ولو تنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به
فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا.
قال: وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر
فهو بينهما نصفان لأن الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة
في الاستحقاق. قال: وإذا كان الصبي في يد رجل وهو
يعبر عن نفسه فقال إني حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه ولو قال

أنا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده لأنه أقر بأنه لا يد له على
نفسه حيث أقر بالرق وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده
لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف
ما إذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لأنه ظهر
الرق عليه في حال صغره. قال: وإذا كان الحائط لرجل
عليه جذوع أو متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع و
الاتصال والهرادي ليس بشيء لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال
والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولأحدهما عليها حمل و
للآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن
هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه
لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء
يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلا وكذا البواري لأن الحائط لا يبنى
لها أصلا حتى لو تنازعا في حائط ولأحدهما هرادي وليس للآخر عليه
شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما
لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها بعد الثلاثة وإن كان جذوع أحدهما
أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللآخر موضع جذعه في رواية و
في رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما
وقيل على قدر خشبهما والقياس أن يكون بينهما نصفين لأنه لا
معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني أن الاستعمال من كل واحد
بقدر خشبته ووجه الأول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون
الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير إلا أنه يبقى
له حق الوضع لأن الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لأحدهما
جذوع وللآخر اتصال فالأول أولى ويروى أن الثاني أولى لأن
لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى
وجه الثاني أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة

الفناء لمن بعضها الفناء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما
قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني رح

قال: وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد الآخر بيت
فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها

قال: وإذا ادعى الرجلان أرضا يعني يدعي كل واحد
منهما أنها في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة
أنها في أيديهما لأن اليد فيها غير مشاهدة لتعذر إحضارها و
ما غاب عن علم القاضي فالبينة مثبتة فإن أقام أحدهما البينة
جعلت في يده لقيام الحجة لأن اليد حق مقصود وإن أقاما البينة
جعلت في أيديهما لما بينا فلا تستحق لأحدهما من غير حجة وإن كان
أحدهما قد لبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف
والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فإن جاءت به لأقل
من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له ويفسخ
البيع ويرد الثمن وفي القياس وهو قول زفر رح والشافعي رح
دعوته باطلة لأن البيع اعتراف بأنه عبد فكان في دعواه مناقضا
ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه
شهادة ظاهرة على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب
على الخفاء فيعفى فيه التناقض وإذا صحت الدعوة استندت إلى وقت
العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز
ويرد الثمن لأنه قبضه بغير حق وإن ادعاه المشتري مع دعوة
البائع أو بعدها فدعوة البائع أولى لأنها أسبق لاستنادها إلى
وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وإن جاءت به لأكثر من
سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال
العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة إلا إذا صدقه المشتري

فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لأنا تيقنا
أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة
تحرير وغير المالك ليس من أهله وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر
من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن
يصدقه المشتري لأنه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد
الحجة فلا بد من تصديقه وإذا صدقه يثبت نسبه ويبطل البيع و
الولد حر والأم أم ولد كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال
العلوق في ملكه فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به
لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد
ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد
الأم وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر
يثبت النسب في الولد وأخذه البائع لأن الولد هو الأصل في النسب فلا
يضره فوات التبع وإنما كان الولد أصلا لأنها تضاف إليه يقال
أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها
ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى ويرد
الثمن كله في قول أبي حنيفة رضي الله عنه

وقالا: يرد
حصة الولد ولا يرد حصة الأم لأنه تبين أنه باع أم ولده وماليتها
غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما
متقومة فيضمنها

قال: وفي الجامع الصغير وإذا حبلت
الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع
الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن
ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق
أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مر وفي الفصل
الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق بالتبع وهو
الأم فلا يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد وليس من ضرورته كما في

ولد المغرور فاندرج وأمه أم ولد لمولاها كما في المستولدة بالنكاح وفي
الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي
التبع وإنما كان الإعتاق مانعا لأنه لا يحتمل النقض كحق استلحاق
النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من
المشتري حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد
للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق
لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الأول
يرد عليه حصته من الثمن قولهما وعنده يرد كل الثمن هو الصحيح كما
ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده
وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع
لأن البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع
لأجله وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو
زوجها ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك
كله وتصح دعوته بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما إذا
ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع
لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه قال
ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه لأنهما من ماء واحد فمن
ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لأن التوأمين ولدان
بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا
لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر وفي الجامع الصغير إذا كان في يده
غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم
ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لأنه لما
ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه إذ المسألة
مفروضة فيه ثبت حرية الأصل فيثبت نسب الآخر وحرية الأصل فيه
ضرورة لأنهما توأمان فتبين أن عتق المشتري وشراءه لا في حر

الأصل فيبطل بخلاف ما إذا كان الولد واحدا لأن هناك يبطل
العتق مقصودا لحق دعوة البائع وههنا يثبت تبعا لحرية فيه حرية
الأصل فافترقا ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي
عنده ولا ينقض البيع فيما باع لأن هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد
الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال وإذا كان الصبي
في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن
ابنه أبدا وإن جحد أن يكون ابنه وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا إذا جحد
العبد أن يكون ابنه فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن
فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما أن الإقرار ارتد برد
العبد فصار كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتد بالرد وإن
كان لا يحتمل النقض ألا ترى أنه يعمل فيه الإكراه والهزل فصار كما إذا أقر المشتري
على البائع بإعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقته يتحول
الولاء إليه بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا
من الغير وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه لأنه تعلق به حق المقر له
على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن
لأن له أن يكذب نفسه ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن النسب مما لا يحتمل
النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن
شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه و
هذا لأنه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب
منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على
هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء
من جانب الأم إلى قوم الأب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو
أقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح
مخرجا على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع
دعواه بإقراره بالنسب لغيره قال وإذا كان الصبي في يد

مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين

واذا ادعت المرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا لا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يدي رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها

ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر

بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره واخذ ديته لان سلامة بدله له كسلامته ومنعه كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري

قيمة أو يجرح جراحة لا يعلم أرشها أو يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والا قرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به تجارة فالجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان على شئ لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان على حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما لا يجري فيه التمانع او بعوية على العادة ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا والغنى عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه

وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هذا هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها ألف لان نظيره قال وان قال له على او قبلي فقد اقر بالدين لان على صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشئ في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما وهي الامانة ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قضيتكها فهذا اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلوا الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى التصدق

والهبة لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب وكذا لو قال أحلتك بها
على فلان لأنه تحويل الدين. قال: ومن أقر بدين مؤجل
فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالا لأنه
أقر على نفسه بمال ثم ادعى حقا لنفسه فيه فصار كما إذا أقر بعبد في
يده وادعى الإجارة بخلاف الإقرار بالدراهم السود لأنه صفة فيه وقد
مرت المسئلة في الكفالة. ويستحلف المقر له على الأجل لأنه منكر حقا عليه
واليمين على المنكر. وإن قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو
قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة إليه وهو
القياس في الأول وبه قال الشافعي رح لأن المائة مبهم والدرهم
معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير له فبقيت المائة على إبهامها
كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار
الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله
وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون وأما الثياب وما لا يوزن ولا يكال
لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا إذا قال مائة وثوبان لما
بينا بخلاف ما إذا قال مائة وثلثة أثواب لأنه ذكر عددين
مبهمين وعقبهما تفسيرا إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف إليهما
لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلها ثيابا. قال:
ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة. وفسره في الأصل بقوله
غصبت تمرا في قوصرة لزمه التمر والقوصرة ووجهه أن القوصرة وعاء
له وظرف وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه
وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما إذا قال غصبت
من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقرارا بغصب المنزوع. قال:
ومن أقر بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة لأن
الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما

وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت. قال:
ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لأن اسم الخاتم يشمل الكل و
من أقر بسيف فله النصل والجفن والحمائل لأن الاسم ينطوي على
الكل. ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على
الكل عرفا. وإن قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لأنه
ظرف لأن الثوب يلف فيه بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه
واحد لأنه ضرب لا ظرف. وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه
إلا ثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح. قال: محمد رح يلزمه
أحد عشر ثوبا لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب
فأمكن حمله على الظرف ولأبي يوسف رح أن حرف في يستعمل في البين
والوسط أيضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي فوقع الشك وأصل
براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على
الظرف فتعين الأول محمله. ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد
الضرب والحساب لزمه خمسة لأن الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رح
يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق. ولو قال أردت
خمسة مع خمسة لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله. ولو قال له علي من
درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند
أبي حنيفة رضي الله عنه فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية
وقالا يلزمه العشرة كلها فيدخل الغايتان. قال: زفر رح
يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان. ولو قال له من داري ما بين
هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين
شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق.

فصل

ومن قال لحمل فلانة علي ألف درهم فإن قال أوصى له فلان
أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح لأنه أقر بسبب صالح لثبوت
الملك له ثم إذا جاءت به في مدة يعلم أنه كان قائما وقت الإقرار

لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته
لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة
ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر
باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا قال
وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح قال محمد رح
يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب
الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار
بسبب التجارة فلهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين
عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل
جارية وحمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا
وهو الوصية به من جهة غيره فيحمل عليه قال
ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا
يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط
الباطل

باب الاستثناء

وما في معناه قال ومن استثنى متصلا باقراره صح
الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي
ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان
استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل
بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر وجهه في
الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة
لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم
يصح الاستثناء قال محمد رح لم يصح فيهما وقال
الشافعي يصح فيهما لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت
اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رح اتحاد

جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث
الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما
اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد
المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره
مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء
من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله
متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشية الله تعالى
اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني
فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط
لا يوقف عليه كما ذكرنا بخلاف ما اذا قال لفلان علي
مائة درهم اذا مت او جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس لانه في
معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في
الاجل يكون المال حالا ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه
فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا
لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة
في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا
بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه
لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال
لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكأنه قال بياض
هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان
العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض
اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من
ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له
ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال
رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم

العبد وجوابه ما ذكر لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني أن
يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال
لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف
السبب بعد حصول المقصود والثالث أن يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه
أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد فلا يلزمه
دونه ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان لأن المقر يدعي
تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الألف ببيع غيره والآخر
ينكر وإذا تحالفا بطل المال هذا إذا ذكر عبدا بعينه وإن قال من ثمن
عبد ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة
وصل أم فصل لأنه رجوع فإنه أقر بوجوب المال رجوعا إلى كلمة
على وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لأن الجهالة
مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط
بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن وإذا كان
كذلك كان رجوعا فلا يصح وإن كان موصولا **وقال** أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله إن وصل صدق ولم يلزمه شيء وإن فصل لم يصدق
وإذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد وإنما أقر به باعتبار
فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سببا
وهو البيع فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض
والمقر ينكره فيكون القول قوله وإن كذبه في السبب كان هذا من
المقر بيانا مغيرا لأن صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه
على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال
ابتعت منه بيعا إلا أني لم أقبضه فالقول قوله لأنه ليس من ضرورة
البيع القبض بخلاف الإقرار بوجوب الثمن **قال** ولو
قال من ثمن خمر أو خنزير ومعنى المسألة إذا قال لفلان علي ألف من
ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رضي الله

عنه وصل أم فصل لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا
وأول كلامه للوجوب وقالا إذا وصل لا يلزمه شيء لأنه تبين بآخر
كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء
الله قلنا ذاك تعليق وهذا إبطال ولو قال له علي ألف من ثمن
متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو نبهرجة وقال
المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا
إن كان موصولا يصدق وإن كان مفصولا لا يصدق وعلى هذا
الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص وعلى هذا إذا قال إلا أنها
زيوف وعلى هذا إذا قال لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن
متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء
وهذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه إلا أن
مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما
إذا قال إلا أنها وزن خمسة ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن هذا رجوع
لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى
العيب رجوع عن بعض موجبه فصار كما إذا قال بعتك معيبا وقال
المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست
من الأثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله إلا أنها وزن
خمسة يصح استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف
لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما إذا قال علي كر حنطة من
ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة نوع لا عيب ومطلق العقد لا
يقتضي السلامة عنها وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في غير رواية الأصول
أنه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب مثل المقبوض
وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد
فانصرف مطلقه إليها ولو قال لفلان علي ألف درهم زيوف ولم
يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناولهما

وقيل لا يصدق في غصب لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود
لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت
منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل
أم فصل لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له
في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل ولهذا لو جاء
راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له وعن أبي يوسف رحمه الله أنه
لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض إذ القبض فيهما هو موجب
للضمان ولو قال ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة
ووصل صدق وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليس من جنس الدراهم
لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل
وإن قال في هذا كله ألفا ثم قال إلا أنها ينقص كذا لم يصدق وإن
وصل صدق لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف
الزيافة لأنه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو
تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام
فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء
بثوب معيب فالقول قوله لأن الغصب لا يختص بالسليم قال
ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا
بل أخذتها غصبا فهو ضامن وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال
غصبتنيها لم يضمن والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان
وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره فيكون
القول له مع اليمين وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعي
عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين
والقبض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء فإن قال قائل الإعطاء
والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع
بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر

في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك
وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ
لأنهما توافقا هنالك على أن الأخذ بالإذن كان إلا أن المقر له يدعي
سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا فإن قال هذه الألف
كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها فقال فلان هي لي فإنه يأخذها
لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر ولو
قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها أو قال آجرت ثوبي
هذا فلانا فلبسه ورده فالقول له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال
أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله القول قول الذي
أخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإعارة
والإسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم
قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف
في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان
وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت
ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء
الضرورة فلا تكون إقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لأن
اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الرد إليه
اعترافا باليد للمودع وجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان
أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في
مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من
غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار
الفرق على ذكر الأخذ في وضع الطرف طرف الوديعة وعدمه في
طرف الآخر وهو الإجارة وأختاه لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف
الآخر في كتاب الإقرار أيضا وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت
من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها

منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى
بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد ادعى
بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر
ينكر اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها
فافترقا قال ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او
بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها
فلان قال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او
فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد
فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال
خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن
اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بعمل منه وقد يخيط
ثوبا في يد المقر كذا هنا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون
في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة و
الدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رح
دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار
الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق
وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر
دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان
حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع
والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية
وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء
تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق حقهم بالمال
لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا
المرض واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان

الا ان حالة الاطلاق وهذه حالة الحجر فافترقا وانما تقدم
الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين
لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير
اقراره او تزوج امراة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة
لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم
يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض
ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال
حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى
ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم
بالبينة قال واذا قضيت يعني ديون المقدمة وفضل
شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح
وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال
وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال
حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه اذا
اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين
من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا
تقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح
اقراره الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي
رح في احد قوليه يصح لانه اظهار لترجح جانب الصدق منه وصار
كالاقرار للاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا
قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق
حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا
ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة
الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في
حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار

بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما يقع المعاملة مع الوارث
ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق
بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره **قال**
وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا
في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره
في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين
ثم وثم حتى ياتي على الكل **قال** ومن اقر لاجنبي ثم قال هو
ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم
يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق
فتبين انه اقر لابنه فلا يصح وكذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان
التزوج فبقي اقراره لاجنبية **قال** ومن طلق زوجته
في مرض موته ثلثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن
ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار
مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها
زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت **فصل**
ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه
الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه
خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كي لا يكون مكذبا
في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من
غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام
يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان
النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه
لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته
قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد و
الزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على

الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا
ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان
النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادتها
قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وفي ما
ذكرنا في اقرار المرأة تفصيل في كتاب الدعوى ولا بد من
تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان
النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح
باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه
وعند ابي حنيفة رح لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق
على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد
الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار **قال**
ومن اقر بنسب من غير الوالدين نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في
النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له وارث معروف
قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه
منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له
ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث
الا يرى ان له ان يوصي بجميعه عند عدم الوارث فيستحق جميع المال
وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه
وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان
للموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه
بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته
ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله كله للموصى له ولو لم يوص
لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل
الاقرار **قال** ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب
اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان الاقرار تضمن شيئين

حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق. ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الأمر أنهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي إلى الدور

كتاب الصلح

الصلح على ثلاثة أضرب: صلح مع إقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز لإطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا. قال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع إنكار أو سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الأمر ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة. ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراما لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضا إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز. فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فيجري

فيه الشفعة إذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل. وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لأنه إجارة. والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الإنكار ظاهر وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك. قال: فإن صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه. قال: وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا. قال: وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه فإذا ظهر الاستحقاق تبين أنه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وإن استحق ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن إقرار رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة وإن استحق بعضه رجع بحصته وإن كان

الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق
بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه
على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه
بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل
الصلح قبل التسليم فالجواب عنه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين
قال: فان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم
استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما
بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء
يقابله فيرجع بكله على ما قدمنا في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على
قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه
في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل
الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة
عن دعوى الباقي

فصل: والصلح جائز عن دعوى الاموال
لانه في معنى البيع على ما مر قال: والمنافع لانها تملك
بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب
العقود اليه واشبهها احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكنه
قال: ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله
تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية قال ابن عباس رضي الله عنه
انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه
يصلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان
عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية لانها موجب الدم ولو
صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب مطلقا العقد وفي النكاح
يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت
عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في نفس وما
دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح

لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص ملك
المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة
لانه تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق
الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة
روايتين على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطأ
فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة
على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة
بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية
لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على
احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة
بها الا انه يشترط القبض في المجلس لئلا يكون افتراقا عن دين
بدين ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها
بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف
الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في
حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال: ولا يجوز
من دعوى حد لانه حق الله لا حقه فلا يجوز الاعتياض عن غيره
ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق
الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة
لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل
في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع قال:
واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال
بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن
تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بدلا للمال
لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه وبين الله
تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال: واذا ادعت امرأة

نكاحها على رجل وصالحها على مال بذله لها جاز قال
رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم
يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل
لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة
فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة فلو لم يجعل فالحال على ما كان
عليه قبل الدعوى فلا شي يقابله العوض فلم يصح قال
وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في
حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا
الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي
حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز
الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت
الولاء قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا
لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه
جاز وجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف
فيه بيعا فكان استخلاصا بمال المولى فصار كالاجنبي اما عبده
من تجارته فتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى و
هذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال
ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها
على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه قال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن
الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها
يكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر
عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل
تحت تقويم المقومين فلا يظهر الزيادة ولابي حنيفة رح ان حقه
في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن

عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل و
انما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان
اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق
قد انتقل الى القيمة قال واذا كان العبد بين رجلين
اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف
قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا و
اما لابي حنيفة رضي الله عنه فلان القيمة في العتق منصوص عليها
وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة
عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على
عروض جاز لما بينا لانه لا يظهر الفضل فصل في
التبرع بالصلح والتوكيل به ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح
لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم على الموكل
وتاويل هذه المسألة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على
بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا
ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ
هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال
بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب
بالمال هو الوكيل دون الموكل قال وان صالح رجل عنه
بغير امره فهو اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان
الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء
فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون
متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان
بامره ولا يكون لهذا المصالح شي من المدعى وانما ذلك للذي في يده
لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او
منكرا وكذلك اذا قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا

صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم
تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه
يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال
صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز
ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو
المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا
بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضفه بقي عاقدا من جهة
المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه و
وجه آخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم
ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له
فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له
على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه
فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما
اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها
زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا
يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله باب
الصلح في الدين وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة
لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط
باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر
الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابرأه عن بعض
حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه
لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في
المسئلة الاولى وللبعض والصفة في المسئلة الثانية ولو صالح
على الف مؤجل جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة
لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالح

على دنانير الى شهر لا يجوز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة
فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم
بالدنانير نسيئة لا يجوز فلا يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة
فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو
غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن
الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض
لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهو زيادة وصفا
فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو الربوا بخلاف
ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل
ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان له عليه
الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر
صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة
وتاجيله للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد ولان معنى
الاسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر الف درهم فقال
اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان
لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رضي الله عنهما قال ابو يوسف رح لا يعود عليه
لانه ابراء مطلق الا يرى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على
وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده
مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء و
لهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء
الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى
تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط
لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر حمله على المعاوضة
تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان

لا يتعلق به كما في الحوالة وسنخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى
قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها
ما ذكرنا والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها
الي غدا وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف
عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد
به فيعمل به والثالثة اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف
على ان تعطيني الخمسمائة غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة
او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا
مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا
يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا
به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا
لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابعة
اذا قال اد الي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء
وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق
لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب
عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح
عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس
اذا قال ان اديت الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت والجواب
فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة
بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف
ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد به

فصل

ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل
جاز عليه لانه ليس بمكره لامكانه اقامة البينة او التحليف ومعنى
المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل

في الدين المشترك قال واذا كان الدين بين شريكين

فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي
عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه
ربع الدين والاصل هنا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما
شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ
مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل
الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل
المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد
قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه
حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا
كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة
المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له
ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض
قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان
له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في
ذلك ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه
فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما
اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة ولو اشترى
احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين
لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة
بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع
ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك
على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه و
بين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في
ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة
فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشاركه

القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم
ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك
لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه
اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن نصيبه البعض كانت قسمة الباقي
على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف
رح اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى
قسمة الدين قبل القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه
شرا فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار بنصيبه قبض
وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف رح والتزوج به
اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد
قال: واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من
نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد قال
ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا
عينا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه
خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد
من اجازة الآخر بخلاف شرى العين وهذا لان المسلم فيه صار
واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا يتفرد احدهما برفعه ولانه
لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من
عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا
خلطا رأس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول
هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق فصل:
في التخارج واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها
بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما
اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان فانه
صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها

على ثمانين الف دينار قال: وان كانت التركة فضة
فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع
الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في
المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا
يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان
كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن
قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه
على ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من
ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة
احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب
والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا
جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل
الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس
الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض للصرف
قال: واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه
في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح
باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة
المصالح وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه فلا يرجع عليه بنصيب
المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه
الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء
نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه
ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين
ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين
واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز
لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت التركة

غير المكيل والموزون لكنهما أعيان غير معلومة قيل لا يجوز بيعها
إذ المصالح عنه عين والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضي إلى المنازعة
لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وإن كان على الميت
دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يتملكها
الوارث وإن لم يكن مستغرقا فإنه ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه
فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة
أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض سمي بها لأن المضارب يستحق
الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة إليها فإن الناس بين غني
بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه
فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي
والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس
يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع إلى
المضارب أمانة في يده لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل
والوثيقة وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه وإذا ربح فهو
شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله وإذا فسدت ظهرت الإجارة
حتى استوجب العامل أجر مثله وإذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي
منه على مال غيره **قال** المضاربة عقد على الشركة بمال
من أحد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من
أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها ألا ترى
أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه
للمضارب كان قرضا **قال** ولا تصح إلا بالمال الذي
تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع إليه عرضا وقال
بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الإضافة من حيث إنه
توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة وكذا إذا قال له اقبض مالي

على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما إذا قال
اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لأن عند أبي
حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن
يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض **قال**
ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما
دراهم مسماة لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها
كما في عقد الشركة **قال** فإن شرط زيادة عشرة فله
أجر مثله لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة
في الربح وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده و
الربح لرب المال لأنه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح
المضاربة ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف
خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية
الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد
وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها
والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا
بالصحيحة ولأنه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة
في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة
لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب و
لا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه
لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه وهذا بخلاف
الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب
الآخر فلا بد أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما
العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم
تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع
خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء

كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابتة له
وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد
شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام
الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب
وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالمأذون
بخلاف الاب والوصي لأنهما من اهل ان يأخذا مال الصغير مضاربة
بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت المضاربة
مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع
ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل
الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع
التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة
الا ترى ان للمودع ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظ
دليل عليه لأنها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن
ابي يوسف رح انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة رح انه
ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لأنه تعريض على الهلاك من
غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لأنه
هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال
ولا يضارب الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك
لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص
عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك
ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع
لأنه دونه فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له
اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس
الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض
وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة فمن

صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول
قال وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة
بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص
وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لأنه
لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره قال
وان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله
ربحه لأنه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي
التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك
ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا
اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في
المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية
الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح
ان بالشراء تتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه
اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر
لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري في
سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين اطرافه كبقعة
واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق
ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص
ان يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال
تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له او قال له فاعمل به في الكوفة
لأن الفاء للوصل او قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للالصاق
اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها
وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على
ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة
الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل

الكوفة أو دفع مالاً في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة
وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز
لأن فائدة الأول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع
وهذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك وكذلك إن وقت للمضاربة
وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه لأنه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت
مفيد فإنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال
وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها
لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا
يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك
بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه
بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار
مشترياً لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذاً على
المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف قال
فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه لأنه يعتق
عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على اختلاف
المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وإن اشتراهم ضمن مال
المضاربة لأنه يصير مشترياً العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال
المضاربة وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع
من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فإن زادت قيمتهم بعد
الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئاً
لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن
هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره ويسعى العبد
في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة
قال فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها
جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم

بلغت قيمة الغلام ألفاً وخمسمائة والمدعي موسر إن شاء رب
المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتق
ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح
لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل
واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة
إذا صار أعياناً أن كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح
كذا هنا فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة
السابقة بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك
إنشاء العتق فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث
الملك أما هذا إخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر
بحرية عبد غيره ثم اشتراه وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق
الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد
لأن عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع
له فيه وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد ولهذا
يستسعى الغلام لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لأن
المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة رح ويستسعيه في ألف ومائتين
وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح
بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال
الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما
استحق برأس المال لكونه مقدماً في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها
ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش
الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت
تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال
لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعاً كما إذا استولد
جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا

فهنا بجناية فضمان الولد على ما مر باب
المضارب يضارب قال وإذا دفع المضارب المال إلى غيره
مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب
حتى يربح فإذا ربح ضمن الأول لرب المال وهذا رواية الحسن عن
أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد إذا عمل به
ضمن ربح أو لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع
عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رح لأن المملوك له الدفع
على وجه الإيداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما أن
الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال
مراعى قبله ولأبي حنيفة رح أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده
إبضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما إلا أنه إذا
ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا
إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن
عمل الثاني لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر
في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن
الثاني عند أبي حنيفة رح وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في
مودع المودع وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن
شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر
وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع
الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني
يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صحت
المضاربة لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على
الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع مال نفسه وإن ضمن الثاني
رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من
جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا

لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح
للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل
والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث
قال فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن
له أن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح
فإن كان رب المال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان
فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الأول
السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر من
جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله
تعالى فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد
جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس
ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على
خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وإن كان
قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني
الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان لأنه
فوض إليه التفويض وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد
رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف
جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما كسبت من شيء فبيني و
بينك نصفين وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي
بين الأول ورب المال نصفان لأن الأول شرط للثاني نصف
الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل
رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون
بينهما ولو كان قال له على أن ما رزق الله فلي نصفه أو قال فما
كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع إلى آخر مضاربة
بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء

للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فيصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شئ كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بدرهم وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل

واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان لرب المال لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع الاجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف

فصل في العزل والقسمة

واذا مات رب المال

٢٧١

او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه واذا كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة

قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على راس المال وانما ينض بالبيع

قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل فان عزله وراس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة

قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره من جنس اذا كان راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها

قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجر له وان لم يكن في المال ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال

في الاقضية لان الحقوق في العقد ترجع الى العاقد فلا بد من
توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير فيما له
اجل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكلاء
والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة
قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون
رأس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما
يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح
فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا اقتسما الربح و
المضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى
يستوفي رب المال رأس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء
رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك
ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال
فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب
المال محسوب من رأس ماله فاذا استوفى رأس المال فان فضل
شئ كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما
بينا فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة الاولى فانتهت والثانية
عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول
كما اذا دفع اليه مالا آخر فصل فيما يفعله المضارب
قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل
ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل
لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا
كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له سفينة ان يشتري للركوب
وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار ولهذا يأذن لعبد
المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار
ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان

الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لانه
انه يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما
عند ابي يوسف رح فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف
الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او
الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال
بمال اليتيم حيث يعتبر فيه النظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر
والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق
المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا
ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان
لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع
والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه
اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود
الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط
مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا
بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت
مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل
فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك و
نوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا ان ينص
عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير
بعدما اشترى برأس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال
زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته
بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى بينهما
نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة
وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة
لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض

قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة و
عن ابي يوسف رح انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا يرى
انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة و
العقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال
فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا
هذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال
بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة قال
زفر رح تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا
يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح اذا شرط العمل
عليه ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت فصار التصرف حقا للمضارب
فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا
يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع
التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة
حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل
المضارب ولا مال ههنا ولو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا
لم يصح صار عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى
قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال
وان سافر فطعامه وشرابه وركوبه ومعناه شراء او كراء في المال
ووجه الفرق ان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي و
نفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا
سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف
الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله
اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من
ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف
البضاعة لانه متبرع قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم

مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه
دون السفر ان كان بحيث يبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان
كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة
والنفقة هي ما تصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك
غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع
يحتاج اليه عادة كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى
يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار قال
اما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به
فصار كالنفقة وجه الظاهر ان الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع
والى الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج
ودواؤها في مالها قال واذا ربح اخذ رب المال ما
انفق من رأس المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على
المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان العرف
جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زيادة في
المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال فان كان معه الف
فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له
اعمل برأيك فهو متبرع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا
المقال على ما مر وان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه
لانه عين مال قائم به حتى اذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب
الابيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال
قائم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب
فاذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة
ولا يضمنه قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا
فباعه بالفين ثم اشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا

يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة. قال رضي الله عنه هذا الذي ذكر حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما بيّنّا فيكون عليه في الآخرة، ووجهه أنه لما نضّ المال ظهر الربح وهو خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيّنّا، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه، ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه وما للمضاربة أمانة وبينهما منافاة، ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة، ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة، ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين لأنه اشتراه بألفين، ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما. قال وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه إياه بألف يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم، ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين. قال فلو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع. قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ

فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعا لأنه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان، فإذا فديا خرج العبد عن المضاربة، أما نصيب المضارب فلما بيّنّا، وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة، ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم. قال فإن كان معه ألف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع لأن المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب، ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة، وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده، أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر.

فصل في الاختلاف

قال فإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلي ألفا وربحت ألفا وقال رب

المال لا بل دفعت إليك المائتين فالقول قول المضارب وكان
أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولا القول قول رب المال وهو
قول زفر لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول
قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة
في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو
أمينا لأنه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار
الربح فقال رب المال شرطت لك ثلث الربح وقال المضارب
شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال لأن الربح يستحق بالشرط
وهو يستفاد من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل
قبلت لأن البينات للإثبات ومن كان معه ألف درهم فقال
هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة
فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطا
من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال
رب المال هو بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال
والبينة بينة المضارب لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر
ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة
بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيه العموم والإطلاق وفي
التخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه الخصوص
ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لأنهما اتفقا
على التخصيص والإذن يستفاد من جهته فالبينة بينة المضارب
لحاجته إلى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر إلى البينة ولو وقتت
البينتان وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين
ينقض الأول

كتاب الوديعة

قال الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها
لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولأن بالناس

حاجة إلى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع
فيتعطل مصالحهم قال وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن
في عياله لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ
مال نفسه ولأنه لا يجد بدا من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه
ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك
راضيا به فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك
رضي بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولأن الشيء
لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره إيداع إلا
إذا استأجر حرزا فيكون حافظا بحرز نفسه قال
إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف
الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى لأنه تعين طريقا للحفظ في هذه
الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي
ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى
الإذن على ذلك في الإيداع قال فإن طلبها صاحبها
فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع وهذا لأنه
لما طالبه لم يكن راضيا بإمساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال
وإن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع
عليها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا إذا خلطها بجنسها شركه
إن شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة
بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة
وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل إلى
أيهما شاء وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه
الوصول إلى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا
تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي
حنيفة رضي الله عنه لأنه لا حق له إلا في الدين وقد سقط وعندهما

بلا براءة لسقط خيرة الضمان فيضمنها لشركة في المخلوط قال
وخلط الخل بالزيت وكل مايع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك
الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى
لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة
بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فتعذر
التمييز والقسمة ولو خلط المايع بجنسه فعند ابي حنيفة رضي الله عنه
ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف يجعل الاقل
تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان
الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم
بمثلها اذابة لانه يصير مايعا بالاذابة قال واذا
اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق
الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان و
هذا بالاتفاق قال وان انفق المودع بعضها ثم رد مثله
فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا
على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في
الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه
او اودعها عند غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان
وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة
ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك
ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت
نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك
الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نايب المالك قال
فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله
عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد
الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد

رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة و
جحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل
نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا
ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نايب المالك بخلاف
الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها
عند ابي يوسف رح خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ
لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر
منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال
وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة وقالا ليس له
ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رح ليس له
ذلك في الوجهين ولابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل
للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال
الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر
انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ
في الامصار فصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد يلزمه
في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر
لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ
باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه
المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ
في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند
رجل وديعة فحضر احدهما وطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر
عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع نصيبه اليه وفي الجامع الصغير ثلثة
استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه
عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد

بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر اليه بالدفع كما في
الدين المشترك وهذا لانه طالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف و
لهذا كان له ان يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة رضي
الله عنه انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه طالبه بالمفرز وحقه في
المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس
للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف
الدين المشترك لانه طالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها
قوله له ان يأخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع
كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره
فلغريمه ان يأخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال
واذا اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما
الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان
مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رح
وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما
الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما
انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه
كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان
الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون
الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع
ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن وهذا بخلاف
ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل
والنهار وامكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى
احدهما في بعض الاحوال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها
الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان
يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد منه لا يضمن كما اذا كانت

الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على
يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكنه
اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان
كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد لان من العيال من لا يؤتمن
على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان
قال احفظ في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لا يضمن
لان الشرط غير مفيد فان البيوت في دار واحدة لا تتفاوت في
الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين تتفاوتان في
الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا
بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن
الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا
وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يأخذ
الآخر وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا له ان يضمن ايهما
شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد
ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة
غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما
غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر ا
اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له
فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين
لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما
فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني
فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا
القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده الف
فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى
ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك

ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمال الصدق فيستحق الحلف
على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين و
بايتهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو
تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف
لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان
نكل اعني للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني
ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة
موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول فانما يصير حجة عند اتصال
القضاء به فجاز ان يؤخر ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو
نكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما
في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم القاضي اخرى بينهما لانه اوجب
الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف
اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الاخر فيغرمه فلو
قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي في شرح
الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضى بينهما لان القضاء
للاول لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل
ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف نفذ قضاؤه للاول و
وضع الاول المسئلة في الالف العبد وانما نفذ قضاؤه لمصادفته
محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر
لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد له لان
نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك
هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال
ينبغي ان يحلفه عند محمد خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع
اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رح خلافا
لابي يوسف رح وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع فيه بعض

الاطناب

الاطناب

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى
الله عليه وسلم دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض و
كان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ
الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك و
كذلك يعمل فيها النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه
ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد
بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان
بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع
دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها
تنعقد بلفظة الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة
لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو انتفاع
وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع
على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكر ان شاء
الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه و
اطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك
على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم
ارادته الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك
هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه
سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة
عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل
عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء
لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك
شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض
فصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد

لم يضمن وقال الشافعي رح يضمن لانه قبض مال الغير لنفسه لا
عن استحقاق فيضمن والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر
فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء
ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير
عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه و
الاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع
تعديا وانما وجب الرد مؤنة كمؤنة المستعار فانها على المستعير لا
لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في
العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس
للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة
دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح
الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما
زيادة ضرر للمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة
فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يصح ولا العارية كان غصبا
وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه
ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر انه آجر ملك
نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية
في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال وله ان
يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي
رح ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له
لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة
وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة
هنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة
كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة
فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف

باختلاف

باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله
لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة
في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في
اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان تكون مقيدة فيهما
وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا
الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان
تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه
وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له
ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب
غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى
لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب
غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب
قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها
الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة
او بالقرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة
الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق
الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا
او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة
وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلدها قال
واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع
فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز
فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع
بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت

العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد
اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية
ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما بينا ذكرنا ولكنه يكره لما فيه
من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه
مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع
عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر
الحاكم الشهيد انه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه
ويكونان له إلا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما
فيكون ذلك له لأنه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالأرض
فالخيار الى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع
والترجيح بالأصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى
يحصد الزرع وقت او لم يوقت لأن له نهاية معلومة وفي الترك
مراعاة الحقين بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع
دفعا للضرر عن المالك **قال** واجرة رد العارية على
المستعير لأن الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة
مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين المستأجرة على المؤجر لأن
الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه
سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوبة
على الغاصب لأن الواجب عليه الرد والإعادة الى يد المالك دفعا
للضرر عنه فيكون مؤنته عليه **قال** واذا استعار دابة
فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي
القياس يضمن لأنه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف لأن رد العواري الى دار الملاك معتاد
كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط ولو
استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لأن الواجب

على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة
لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لأنه لو
ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لأن فيها عرفا حتى لو كانت
العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف
قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن
والمراد بالأجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لأنها امانة فله ان
يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الأجير مياومة لأنه
ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لأن
المالك يرضى به الا يرى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده
وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره
وهو الأصح لأنه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا
وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسألة على ان المستعير لا يملك الإيداع
قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لأنه دون الإعارة
واولوا هذه المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة **قال**
ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا
يكتب انك اعرتني لأن لفظة الإعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع
اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الإطعام ادل على المراد لأنها تخص
الزراعة والإعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها
اولى بخلاف الدار لأنها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى
ذلك انعقد الإجماع وتصح بالإيجاب والقبول والقبض اما الإيجاب
والقبول فلأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد
منه لثبوت الملك **قال** مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا
بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا
مقبوضة والمراد نفي الملك لأن الجواز بدونه ثابت ولأنه عقد تبرع

وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو
التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت
ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية
فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا
وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض و
القياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رح لان القبض تصرف
في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا
ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه
وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على
القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط
فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف
ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح
قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان
الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال النبي عليه السلام اكل اولادك
نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى
وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك
واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان
الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به
تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون
عارية لان عينه لا يطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك و
اما الثالث فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته
من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما
الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة
يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند
نيته قال ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه

يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسى الامير فلانا
ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما ذكرنا
من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية
لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك
العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى
او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قلنا ولو قال
هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو
تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال
ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم
جائزة وقال الشافعي رح تجوز في الوجهين لانه عقد
تمليك فيصح في المشاع كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل
لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع
كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط
كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب و
لان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع
جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان
القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة
والمهايات تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين
والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع
الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها
عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه
وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا
بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه
لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن
وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز



لأن عامله بالقبض وعنده لا شيوع. قال: ولو وهب دقيقا في حنطة أو دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فإن طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لأن الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد إلا بالتجديد بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع. وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضا لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة فغير مضمون فينوب عنه. وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله. وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فأولى أن يملك النافع. وإذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو جد اليتيم أو وصيه لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الأب. وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لأنه لا يبقى إلا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل. وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه لأن له عليه يدا معتبرة ألا يرى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه. وإن قبض الصبي

الهبة بنفسه جاز معناه إذا كان عاقلا لأنه نافع في حقه وهو من أهله. وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الأب أمورها إليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ومع حضوره لا ضرورة.

قال: وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لأنهما سلماها جملة وقد قبضها جملة فلا شيوع. وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يصح لأن هذه هبة الجملة منهما إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما إذا رهن من رجلين. وله أن هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئا من الرهن. وفي الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين أيضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لأن كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الأصل سوى فقال وكذلك الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الأصل التصدق على غنيين. ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف. قال محمد رحمه الله يجوز ولو

قال لأحدهما نصفه وللآخر نصفه عن أبي يوسف فيه روايتان
فأبو حنيفة مرّ على أصله وكذا محمد والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص
على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع
ولهذا لا يصح إذا رهن من رجلين ونص على الأبعاض

باب الرجوع في الهبة

وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع
فيها قال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عليه السلام
لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ولأن الرجوع
ضد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده
على أصله لأنه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام
الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها أي ما لم يعوض ولأن المقصود بالعقد
هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فوته إذ العقد يقبله
والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع وإثباته للوالد لأنه يتملكه
للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان
الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته
كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها
فقال إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو يزيد زيادة متصلة
لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع
الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال أو يموت أحد
المتعاقدين لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة فصار
كما إذا انتقل في حال حياته وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد
إذ هو ما أوجبه قال أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له
لأنه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه
قال فإن وهب لآخر أرضا بيضاء فأنبت في ناحية منها
نخلا أو بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان ذلك زيادة فيها
فليس له أن يرجع في شيء منها لأن هذه زيادة متصلة وقوله

وكان

وكان ذلك زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد
زيادة أصلا وقد يكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في
قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال وإن باع
نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لأن الامتناع بقدر المانع وإن
لم يبع شيئا منها له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كلها فكذا
في نصفها بطريق الأولى قال وإن وهب هبة لذي
رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة
لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك
ما وهب أحد الزوجين للآخر لأن المقصود منها الصلة كما في القرابة
وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب
لها فله الرجوع ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع فيها قال
وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك أو بدلا
عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول
المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وإن عوضه أجنبي
عن الموهوب له متبرعا فقبضه الواهب سقط الرجوع لأن العوض
لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع والصلح
قال وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم
يسلم له ما يقابل نصفه وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة
إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر يرجع بالنصف
اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء و
بالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هذا إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط
حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده قال
وإن وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض
لأن المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع إلا
بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء

وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فأعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعدٍّ وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الأصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لأن العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الإطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا. قال: وإذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه وصف السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره. قال: وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء. وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقا. ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه إذ هو لا يصلح مالكا لنفسه.

فصل

قال: ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل

لكونه

لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها. قال: ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء. ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء هو مشغول بملك المالك. قال: فإن وهبها له على أن يردها عليه أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب دارا أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ألا يرى أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولأن الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات. قال: ومن له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت بريء منها أو قال إذا أديت إلي النصف فلك نصفه أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل لأن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه إبراء وهذا لأن الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان إسقاطا ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق ولا يتعداها. قال: والعمرى جائزة للمعمر له في حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه أن يجعل داره له عمره وإذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا أن الهبة لا تبطل

بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا تصح الا انا جوزناها لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله صلى الله عليه وسلم من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان وهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي قال والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط فلا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معا

ثلاثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء
المعقود عليه وقال الشافعي رح تملك بنفس العقد لان
المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد
فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا
فشيئا على حسب ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة
فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر
اذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا
اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة تثبت حقا له
وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها
لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن
من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة
لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا
فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد
الغصب في بعض المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر
دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة
الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك
اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان
يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة
رضي الله عنه يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء
السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا
يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول
المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة
الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به
فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب
بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا

يستوجب بدل الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر
قبل الفراغ لما بينا الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم
قال ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم
لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج
فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا اجر له للهلاك
قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار
مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية
قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه
امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون
عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه
الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه
اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجر
اذا اقامه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يستحقه حتى يشرجه
لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كالاخراج
من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم
ينص عليه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان العمل قد تم بالاقامة و
التشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج
بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر
وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال
وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس
العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب
فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان
عليه عند ابي حنيفة رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان
عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف
ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء

ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء معمولا وله الاجر و
سنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في
العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود
عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له
ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث
يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على
شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي
ذكرناه مذهب علمائنا **قال** زفر ليس له حق الحبس في
الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس
ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به
من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير
رضاء البائع **قال** واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه
فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق
عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستأجر من
يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره
بمنزلة ايفاء الدين

فصل

قال ومن استأجر رجلا ليذهب
الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن
بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض
بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استأجره ليذهب بكتابه
الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده
فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله **قال**
محمد رح له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو
قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل
الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو
المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد

نقضه

نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة
وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب
بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استأجره ليذهب بطعام الى فلان
بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا
لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب
على قول محمد رح لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر والله اعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون فيها خلافا

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت
للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى
فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق
الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه
يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة **قال** ويجوز استئجار الاراضي
للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستأجر الشرب
والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان
في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع
في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة فلا
يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد
حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما
يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول
على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة
المفضية الى المنازعة **قال** ويجوز ان يستأجر الساحة
ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي
ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها
فارغة كما قبضها لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب
الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك باجر

المثل إلى زمان الإدراك لأن لها نهاية معلومة فأمكن رعاية
الجانبين قال: إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له
قيمة ذلك مقلوعاً ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس والشجر
إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه قال
أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا لأن
الحق له فله أن لا يستوفيه وفي الجامع الصغير إذا انقضت الإجارة
وفي الأرض رطبة فإنها تقلع لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه
الشجر قال: ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل لأنه
منفعة معهودة معلومة فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من
شاء عملاً بالإطلاق لكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن
يركب غيره لأنه تعين مراداً من الأصل والناس يتفاوتون في
الركوب فصار كأنه نص على ركوبه وكذلك إذا استأجر ثوباً
للبس وأطلق فيما ذكرنا للإطلاق في اللفظ وتفاوت الناس في
اللبس فإن قال على أن يركبها فلان أو يلبسه فلان فأركبها غيره
أو ألبسه غيره فعطب ضمن لأن الناس يتفاوتون في الركوب و
اللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف
باختلاف المستعمل لما ذكرنا فأما العقار وما لا يختلف باختلاف
المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لأن التقييد غير
مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه
قال: وإن سمى نوعاً وقدراً يحمله على الدابة مثل أن يقول
خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل
كالشعير والسمسم لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت أو لكونه
خيراً من الأول وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد
لانعدام الرضا فيه وإن استأجرها ليحمل عليها قطناً سماه فليس
له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما يكون أضر بالدابة

فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره
وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها
ولا يعتبر بالثقل لأن الدابة يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف
عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولأن الآدمي غير موزون
فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات
وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه
فعطبت ضمن ما زاد الثقل لأنه عطب بما هو مأذون فيه وغير مأذون
فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل
تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه
عن العادة وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة
رضي الله عنه وقالا لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً لأن المتعارف
مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلاً بإذنه فلا يضمنه ولأبي
حنيفة رضي الله عنه أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق
بدونه وإنما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق
وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى
الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تأويل هذه المسألة
إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة
فلا يصير بالعود مردوداً إلى يد المالك معنى أما إذا استأجرها
ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق
وقيل الجواب مجرى على الإطلاق والفرق أن المودع مأمور بالحفظ
مقصوداً فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد
المالك وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال
لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود
وهذا أصح ومن اكترى حماراً بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج
يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لأنه إذا كان يماثل الأول

تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا
عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة فان كان لا يسرج بمثله ضمن
لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف
لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وههنا اولى وان اوكفه
باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء
فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن
فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل
المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الاكاف
ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما
على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد
وقد شرط له الحنطة وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق
كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان
عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت
لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان يضمن لصحة التقييد
فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا
يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك
ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع
الخلاف معنى وان بقي صورة قال وان حمله في البحر فيما
يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر
لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها
حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض
من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان
خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض
على ما قررنا ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه

قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر
مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه
يستعمل استعمال القباء وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان
في المنفعة وعن ابي حنيفة انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف
جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه
وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي
الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة المخالفة الموافقة
والمخالفة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات
الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل
وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح
انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طشت من شبه
فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هنا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط
كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب
في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى قال
زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان
ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى
بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا
في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا
الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية
بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت
التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد
صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور
معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف
الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد معلوما فصح

العقد فيه وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء
العقد الصحيح ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لأن المدة صارت
معلومة فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن
للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضي وكذلك كل شهر سكن في أوله لأنه
تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني إلا أن الذي ذكر في
الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ رحمهم الله وظاهر
الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني
ويومها لأن في اعتبار الأول بعض الحرج وإن استأجر دارا سنة
بعشرة دراهم جاز وإن لم يسم قسط كل شهر من الأجرة لأن المدة
معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد فإنه جائز وإن
لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وإن لم يسم شيئا
فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة
على السواء فأشبه اليمين بخلاف الصوم لأن الليالي ليست بمحل له ثم
إن كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها
هي الأصل وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة وهو
رواية عن أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف رحمهما الله
الأول بالأيام والباقي بالأهلة لأن الأيام يصار إليها ضرورة
وهي في الأيام الأول منها ولما مضى تم الأول بالأيام ابتدأ
الثاني بالأيام ضرورة وهكذا إلى آخر السنة ونظيره العدة
وقد مر في الطلاق قال: ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام
أما الحمام فلتعارف الناس فلم تعتبر الجهالة لإجماع المسلمين
قال عليه السلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وأما
الحجام فلما روي أنه عليه السلام احتجم وأعطى الحجام الأجر ولأنه استئجار
على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزا قال: ولا يجوز أخذ
أجرة عسب التيس وهو أن يؤاجر فحلا لينزو على الإناث لقوله

عليه السلام إن من السحت عسب التيس والمراد أخذ الأجر عليه
قال: ولا الاستئجار على الأذان والحج وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه
والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه
عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الأجير لأنه
استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام
اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم إلى عثمان بن أبي العاص وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ
على الأذان أجرا ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا
تعتبر أهليته فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة
ولأن التعليم مما لا يقدر عليه المعلم إلا بمعنى من قبل المتعلم فيكون
ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا رحمهم الله
استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني
في الأمور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه
الفتوى قال: ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح
وكذا سائر الملاهي لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق
بالعقد قال: ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة رح
إلا من الشريك وقالا إجارة المشاع جائزة وصورته أن يؤاجر
نصيبا من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما
أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو
بالتهايؤ فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع
ولأبي حنيفة رح أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز ولأن تسليم
المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو
الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع
لحصول التمكن فيه وأما التهايؤ فإنما يستحق حكما للعقد بواسطة
الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط

الشيء بسببه ولا يعتبر المتراخي سابقا وأما إذا آجر من شريكه
فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره
على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ
لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما إذا آجر
من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما
بينهما طارئ قال ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة
لقوله تعالى فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولأن التعامل
به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله وأقرهم
عليه ثم قيل إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام
به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل إن
العقد يقع على اللبن والخدمة تبع ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا
تستحق الأجر والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد
على إتلاف الأعيان مقصودا كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها
وسنبين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى و
إذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار
على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا
عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يجوز لأن الأجرة مجهولة
فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ وله أن الجهالة فيه لا تفضي
إلى المنازعة لأن في العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد
فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه
تفضي إلى المنازعة وفي الجامع الصغير فإن سمى الطعام دراهم
ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز يعني بالإجماع
ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام
مكانه وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضا
لما قلنا ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان ويشترط بيان مكان

الإيفاء عند أبي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه وفي الكسوة
يشترط بيان الأجل أيضا مع بيان القدر والجنس لأنه إنما يصير
دينا في الذمة إذا صار مبيعا وإنما يصير مبيعا عند الأجل كما في
السلم قال وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لأن
الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ألا يرى أن له أن يفسخ
الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه إلا أن المستأجر يمنعه من
غشيانها في منزله لأن المنزل حقه فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا
الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها لأن لبن الحامل يفسد الصبي
ولهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضا وعليها أن تصلح طعام
الصبي لأن العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف
في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح
الطعام وغير ذلك على الظئر أما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر
محمد رح أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة
وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لأنها لم تأت بعمل مستحق
عليها وهو الإرضاع فإن هذا إيجار وليس بإرضاع فإنما يجب
الأجر لهذا المعنى لاختلاف العمل قال ومن دفع إلى حائك
غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا إذا استأجر حمارا يحمل
طعاما بقفيز منه فالإجارة فاسدة لأنه جعل الأجر بعض ما
يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عليه السلام
وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها وهذا أصل
كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات لا سيما في ديارنا والمعنى
فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول
إذ حصوله بفعل الأجير فلا يعد هو قادرا بفعل غيره وهذا بخلاف
ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الأجر
لأن المستأجر ملك الأجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما

ومن استأجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الأجر لأن
ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه
قال ولا يجاوز بالأجر قفيزا لأنه لما فسدت الإجارة
فالواجب الأقل مما سمى ومن أجر المثل لأنه رضي بحط الزيادة
وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغا
ما بلغ عند محمد رح لأن المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط
ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم
فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال
أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الإجارات هو جائز لأنه يجعل
المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد
فترتفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لأن ذكر الوقت
يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا
عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الأجير في الأول
فيفضي إلى المنازعة وعن أبي حنيفة رح أنه يصح الإجارة إذا قال
في اليوم وقد سمى عملا لأنه للظرف فكان المعقود عليه العمل
بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال
ومن استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها
فهو جائز لأن الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة إلا
بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته
يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فإن شرط أن
يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها فهو فاسد لأنه يبقى أثره
بعد انقضاء المدة وأنه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة
لأحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولأن مؤاجر الأرض
يصير مستأجرا منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان
في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة

ولا شبهة في فساده وقيل أن يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج
الأرض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وإن كانت ثلاث
سنين لا يبقى منفعته وليس المراد بكري الأنهار الجداول بل المراد
منها الأنهار العظام هو الصحيح لأنه يبقى منفعته في العام القابل
قال وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير
فيه وقال الشافعي رح هو جائز وعلى هذا إجارة
السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له أن المنافع
بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير دينا
بدين ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع
القوهي بالقوهي نسيئة وإلى هذا أشار محمد رح ولأن الإجارة
جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف
ما إذا اختلف جنس المنفعة قال وإذا كان الطعام
بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل
نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له وقال الشافعي رح
له المسمى لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز فصار
كما إذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام
أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود
له لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لأنه تصرف
حكمي وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر ولأن ما من جزء
يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم
بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق
تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما
هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع ومن
استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة
فاسدة لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع

فيما يختلف فيه مما يضر بالارض مما لا يضر بها عينه فلم يكن المعقود
عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان
وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه وقع فاسدا فلا
ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد
فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط
الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استأجر
حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس
فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستأجرة امانة
في يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله
الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما
قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة
دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد باب
ضمان الاجير قال الاجراء على ضربين اجير مشترك و
اجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ و
القصار لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره ولهذا كان له ان
يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه
يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك
لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قول زفر رح
ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر
لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان
الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به
فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان
التقصير من جهته كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن
الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا
تقصير من جهته ولابي حنيفة رضي الله عنه ان العين امانة في يده

لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه
لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه
تبعا لا مقصودا حتى لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ
مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف
بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد
به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال
زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا
فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار
ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل
المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى
لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن العمل المفسد ماذونا فيه
بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن
التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير
الوحد على ما نذكره ان شاء الله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه
فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني ادم ممن
غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان
الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا
يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال
واذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق وانكسر
فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه
قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما
قلنا والسقوط قال بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك
من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد
تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر و
هو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند

الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء، وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر
ما استوفى وفي الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلاً. قال
وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا
ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة
بدانق فنفقت أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي
كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية
لأنه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد
بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه لما قدمنا لأن قوة
الثوب ورقته يعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد. قال
والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل
كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم فإنما سمي أجير وحد لأنه لا
يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والأجر
مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل. قال
ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله أما
الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه وهذا ظاهر
عنده وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان
عندهما لصيانة أموال الناس وأجير الوحد لا يتقبل الأعمال
فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلأن
المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه
صح ويصير نائباً منابه فيصير فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه
فلهذا لا يضمنه

باب الإجارة

على أحد الشرطين وإذا قال صاحب الثوب للخياط إن خطت هذا
الثوب فارسياً فبدرهم وإن خطته رومياً فبدرهمين جاز
وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به وكذا إذا قال
للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم وإن صبغته بزعفران فبدرهمين

وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهراً بخمسة
أو هذه الدار الأخرى بعشرة وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين
بأن قال آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا
وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء وإن خيره بين أربعة أشياء لم يجز
والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من
اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر
إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً وفي البيع
يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة
إلا بإثبات الخيار. فلو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً
فبنصف درهم فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غداً فله أجر
مثله عند أبي حنيفة رح لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير
لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم. وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان. وقال زفر رح الشرطان
فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل
فيكون مجهولاً وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه
فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد
للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولأن التعجيل والتأخير مقصود
فنزل منزلة اختلاف النوعين ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن ذكر
الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد
العقد لاجتماع الوقت والعمل وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان
دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجر
المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني وفي
الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية
الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية
الثانية لمنع النقصان فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به

نصف درهم عند أبي حنيفة رح هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى ولو قال إن سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وإن سكنته حدادا فبدرهمين جاز وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة رح وقالا الإجارة فاسدة وكذلك إن استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه فبدرهم وإن أسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فنصف درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رح وقالا لا يجوز وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشيئين وهو مجهول وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الفارسية والرومية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الأصل عندهما ولأبي حنيفة رح أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ألا ترى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أخواتها والإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به

باب إجارة العبد

ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن

استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر وصار كما إذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة وإذا جاز لم يكن للمستأجر أن يأخذه منه ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رح وقالا هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعا لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال إذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وإن لم يصلح حجة في نفسه وأصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا أو قال

صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر فقال
الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن
يستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله
فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال
واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء
ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا
حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه
اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد
الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وان قال صاحب الثوب عملته لي بغير
اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة
رح لانه انكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع
يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان
الرجل حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما
يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد رح ان
كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما
فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر
والقياس ما قاله ابو حنيفة رح لانه منكر والجواب عن استحسانهما
ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق والله اعلم بالصواب

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ
لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا
قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة
فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤاجر ما
ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال
واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى

انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة
قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر قال
من اصحابنا رحمهم الله من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت
على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد ان الآجر
لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص منه على
انه لم ينفسخ ولكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به
لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه قال واذا مات
احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي
العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا
بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها
لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام
ما ذكرنا من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الاجارة
وقال الشافعي رح لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود
عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤاجر فلا
يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه
عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار
فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة
لا يمنع الرد بخلاف بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف
البيع وهنا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط
فيه دونه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم المؤاجر بعد مضي
بعض المدة قال وتنفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال
الشافعي رح لا تنفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده
بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان
المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة
كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز

العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا
هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع
به فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت
منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق
بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله
وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر
على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في
الدين لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم
يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال
آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي
في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين قال
في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فالاجارة فيه تنتقض
وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى القضاء ووجهه ان هذا
بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ
وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي و
منهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء
واذا كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر
ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه
لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج
فذهب وقته او في طلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا
للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب
على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد فكذلك الجواب
على رواية الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن
نوع ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر
عبدا ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب

العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استاجر الخياط
غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على
موجب العقد لفوت مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط
يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض
فلا يتحقق الافلاس وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف
فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية و
هو يعمل للصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا
للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا
ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل
شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر
فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر
اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون
عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا
آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء
المنفعة بغيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه
من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل شتى

قال ومن استاجر ارضا او
استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض اخرى
فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر
في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادية ثم تغيرت
اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر
في ارضه قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في
حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة
الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل
فينتظم بذلك المصلحة فلا يضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر

حمله ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي
القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة فيه وقد يفضي
ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود الراكب وهو
معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى
المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر
قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى
للجهالة واقرب الى تحقق الرضا قال وان استاجر
بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له
ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق
فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد
معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرط عليه
وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر
ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح
بدونه اما الندبية فمعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل
ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا
يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال
يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه
السلم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو
عبد وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم و
فيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد ويعتق
باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد
يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا

فيهم صح

بالبيع ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال
الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم
في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله
لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام
على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط
التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في
البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان
المسلم فيه معقود عليه ولا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة
على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة
وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق قال ويجوز كتابة
العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول
اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رح
يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف
ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد
العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده
قد جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا
فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه
اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت
حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب
وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رح لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق
بالاداء مرة واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج
عن ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم
مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء
البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما
عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على

المساوات وبتقديم ذلك تنجز العتق وتحقق بما حرّ لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق وقد حصل دونه

قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرمه لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا ووصفا وجنسا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او على دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة فان ادى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم فلا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط اما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط

وذلك

وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته عليه كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع

قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فيجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل فامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته

وكذلك اذا كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لم يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا يتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رضي الله عنه رواية الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى ولو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رح انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز اعتبارا بحالة عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانه يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا والمسئلة فيه على ما بينا وعن ابي يوسف رح انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند

الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في
النكاح والجامع صحة التسمية لكونها مالا فلو ملك المكاتب ذلك
العين فعن ابي حنيفة رضي الله عنه رواه ابو يوسف رح انه اذا اداه
لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت
الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف رح انه يعتق
قال ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا
فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان
وهي مسئلة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا
وجه الروايتين في كفاية المنتهى وان كاتبه على مائة دينار على
ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد
رضي الله عنهما **وقال** ابو يوسف رح هي جائزة و
تقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها
حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة
فينصرف الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال
العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته
والقيمة لا تصلح بدلا وكذلك المستثنى **قال** واذا كاتب
على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا
يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة
وقد مر في كتاب النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لم
يجز لانه يشمل اجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس
كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر
جهالة الاجل فيه **وقال** الشافعي رح لا يجوز وهذا
القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال بغير مال
او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتني
على المسامحة بخلاف البيع مبني على المماكسة **قال** واذا كاتب

النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما و
العبد كافر لانه مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى
قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك
اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف
ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على الخمر
على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه
لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد
على القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا فاذا قبضها
عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى
المولى يسلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان
العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر
ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء و
السفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف
مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل
والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق
في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع
التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى **قال**
فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا لان
هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد
وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في
صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع
وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا
شرط خدمة مجهولة لانه في معنى البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن
في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد

اعتاق لانه اسقاط الكل الملك وهنا الشرط يخص فاعتبر اعتبارا في
في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال
ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك
ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن
المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة و
الصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات
التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن
ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع
محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا
ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب
فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز
لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال
وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي
رحمهما الله لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال
وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع
وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول
البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب
للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق
ما هو ثابت له قال وان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول
فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك فيصح اضافة الاعتاق اليه في
الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف
اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق
لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق
فان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت
الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال او باعه

٤٠١

نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من
توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة
المفلس فكان الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه
تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج
الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر وكذلك الاب والوصي
في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب و
لان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية
نظرية قال واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند
ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف رح له
ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك
شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون
له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة واما المكاتب فلانه يملك الاكتساب
وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة
دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء
كلهم تزويج العبد قال واذا اشترى المكاتب اباه
او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق
فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا يرى ان الحر متى كان
يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له
لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا بقرابة
الولاد اذ وجوب الصلة يشملهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق
الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في
الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا
يكفي لغيرها حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة
توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في
العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من

الكتابة حتى لو كان لأحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه وإذا أعتق
لا يكون له فسخه. قال: وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها
في الكتابة ولم يجز له بيعها. ومعناه إذا كان ولدها معها، أما دخول
الولد في الكتابة فلما ذكرنا، وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في
هذا الحكم. قال عليه السلام: أعتقها ولدها. وإن لم يكن معها ولد
فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنها أم ولد
خلافا لأبي حنيفة رضي الله عنه، وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن
كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل
الفسخ إلا أنه يثبت هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعا لثبوته
في الولد بناء عليه، وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء، والقياس ينفيه.
وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا، إن المشتري كان
حكمه كحكمه وكسبه له لأن كسب الولد كسب كسبه، ويكون كذلك
قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه، فكذلك إذا ولدت
المكاتبة ولدا لأن حق امتناع البيع ثابت فيهما مؤكدا فيسري إلى
الولد كالتدبير والاستيلاد. ومن زوج عبده من أمته ثم كاتبهما
فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها، لأن تبعية الأم
أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية. وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه
امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد و
لا يأخذهم بالقيمة، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج، وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما. وقال محمد رح
أولادها أحرار بالقيمة لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق
وهو الغرور، وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد.
ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا، وهذا لأن الأصل أن
الولد يتبع الأم في الرق والحرية، خالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع
الصحابة، وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة

وهنا القيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق فيبقى على الأصل ولا يلحق به. وإذا
وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه
العقر يؤخذ به في الكتابة، وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به
حتى يعتق، وكذلك المأذون له. ووجه الفرق أن في الفصل الأول
ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة، و
هذا العقر من توابعها لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد
لا يجب العقر، أما لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من الاكتساب
في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة. قال: وإذا اشترى
المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في الكتابة
وكذلك العبد المأذون له لأنه من باب التجارة، فإن التصرف
تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا، والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه
كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى. فصل: وإذا ولدت
المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت
عجزت نفسها وصارت أم ولد له لأنه تلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل
وآجلة بغير بدل فتخير بينهما، ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر
لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة
الاستيلاد بالدعوة. وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها
لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا، ثم إن مات المولى
عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة، وإن ماتت هي وتركت
مالا يؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة
وإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر، ولو ولدت ولدا
آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليه، فلو لم يدع وماتت
من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعا لها، ولو مات المولى
بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها
فيتبعها. قال: وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى

استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأن
الثلثين جاءتها حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت
المولى وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند
الأداء فاذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة
لامتناع ابقائها من غير فائدة غير أنه تسلم لها الأكساب و
الأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأولاد
والأكساب لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة
قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية **قال** وان
كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة
وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها
فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة وهذا
عند أبي حنيفة رح **وقال** أبو يوسف رح تسعى في الأقل
منهما **وقال** محمد رح تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي
بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار **وقال** أبو يوسف
رح مع أبي حنيفة رح في المقدار ومع محمد رح في نفي الخيار أما الخيار
ففرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان عبدا وقد تلقتها
جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما
لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احدى المالين فتختار
الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد أنه قابل البدل
بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته
ألا يرى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث سقط بدل الكتابة
فههنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما
أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لأن البدل
وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وارادة
لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر أن الانسان لا يلتزم

المال بمقابلة ما يستحق حريته فصار كما اذا طلق امرأته تطليقتين ثم
طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة
الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه
لأن البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا **قال**
وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على
الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة
ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى
ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن شاءت تسعى في ثلثي مال
الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة رح وقالا تسعى في الأقل
منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار
فمتفق عليه ووجهه ما بيناه **قال** فاذا أعتق المولى مكاتبه
عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه
الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت
لازمة في جانب المولى لكنه تنفسخ برضاء العبد والظاهر رضاؤه توسلا
الى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه
قال وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة
معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو
ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب
الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر
على الأداء الا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى
لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربوا ولأن عقد الكتابة عقد
من وجه دون وجه والأجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف
العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربوا الأجل فيه شبهة
قال واذا كاتب المريض عبده على ألفين الى سنة وقيمته
ألف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي

ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح وقال محمد رح يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي
الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها
وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لانه له ان
يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجريت
عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل
والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل
فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل
ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلثة آلاف الى سنة وقيمتها الف
ثم مات ولم تجز الورثة فانه يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن
حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعند محمد يعتبر الثلث بقدر
القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال واذا كاتبه
على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا
او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر والتأخير
فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه
عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر
لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو
حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بادائه بحكم الشرط فاذا قبل العبد صار
مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم
يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا
شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب
في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم
الالف على العبد وقيل هذه هي صورة المسئلة للكتاب ولو ادى الحر
البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب

العبد

العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب فان ادى الشاهد او الغائب
عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي
وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس
يصح عن نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية
عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء
جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة
كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها
وليس عليهم من البدل شيء فاذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به
الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه
ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه وايهما ادى
عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما
الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار
كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص
عينه وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع
على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع غير
مضطر اليه قال وليس للمولى ان يأخذ العبد الغائب بشيء
لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه شيء والكتابة
لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا
تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير
حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هنا قال واذا كاتبت
الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى لم
يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها
اصلا في الكتابة واولادها تبعا لما بينا في المسئلة الاولى

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه

بالف درهم وقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض ثم عجز
فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رح وقالا هو مكاتب بينهما وما
ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة
العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي
وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن
واذنه بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه
عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه
اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف
فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز
قال : واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطيها
احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطيها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما
ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه فصار نصيبه ام
ولد له لان الكتابة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية
الولد على نصيبه كما في المدبر المشترك واذا ادعى الثاني ولدها الاخير
صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة
كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع
من الانتقال ووطيه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبها
لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ويضمن
شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور
لانه حين وطيها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت
النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ولكنه وطي ام ولد الغير حقيقة
فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة
ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا
عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي
حنيفة وقالا هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما
ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب
تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ
فيما لا يتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير
لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة
اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له فالثاني
وطي ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه فلا يكون حرا عليه بالقيمة
غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطي لا
يعرى عن احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة
له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر
به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان
الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط
نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة
بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها
ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بيناه
قال : ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف
نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه
موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك وفي قول محمد يضمن الاقل
من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه
في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء
فللتردد بينهما يجب اقلهما قال : واذا كان الثاني لم
يطاها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك
اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رح
فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطي فتبين انه صادف
ملك الغير والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور
على ما مر قال : وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب

شريكه وكل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطيه
جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو
يتملك بالقيمة والولد ولده لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا
قولهم جميعا لوجود ما بينا واذا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو
موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت ردت الى
الرق فيصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع
وفي الخيارات وغيرها كما هو في مسئلة تجزي الاعتاق كما قررناه
في العتاق فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رح
لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غيره
المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك
وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا
ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق
فيختلف باليسار والاعسار واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما
ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف
قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما
ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى او يعتق وهذا
عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما
يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق
والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار
التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده
ولكنه يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار
العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا
لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقوم
وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع واشباهه

والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط
الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك كما اذا غصب مدبرا فأبق وان اعتق احدهما اولا كان للآخر
الخيارات عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار
الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقالا اذا دبره
احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى عندهما فيملك نصيب صاحبه
بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان
تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن قيمته قنا
لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الآخر
باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير
الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد
في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار
والاعسار عندهما

باب موت المكاتب

وعجزه وموت المولى واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله
فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر
عليه اليومين والثلثة نظرا للجانبين والثلث هي المدة التي ضربت
لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه
فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا
يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على
المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق
حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من
امهال مدة استيسارا والاولى مدة ما توافق عليه العاقدان ولهما
ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد
يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى

المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه وبعد اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلا يكون تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض قال واذا عجز عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته وتعتق اولاده وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعي رح تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما

٤٠٧

قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابة ابيه وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء فصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رح اما عندهما فيؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز

لأن هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك ينبني على بقاء الكتابة
وانفساخها فإنها إذا انفسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الأم
وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرا وانتقل الولاء إلى موالي الأب
وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان
تنجيزا **قال** وما أدى المكاتب من الصدقات إلى
مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فإن العبد يتملكه
صدقة والمولى عوضا عن العتق وإليه وقعت الإشارة النبوية
عليه السلام في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا
هدية وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي لأن المباح له
يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا إذا أباح
لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الأداء إلى المولى
فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لأنه بالعجز يتبدل
الملك وكذا عند أبي يوسف وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده
لأنه لا خبث في نفس الصدقة وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه
إذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة
حرمته والآخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل إذا وصل
إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا
من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى
يطيب له ما بقي من الصدقة في يده **قال** وإذا جنى
العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدى
لأن هذا هو موجب جناية العبد في الأصل ولم يكن عالما بالجناية
عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء إلا أن الكتابة مانعة من
الدفع فإذا زال عاد الحكم الأصلي وكذلك إذا جنى المكاتب ولم
يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وإن قضي به عليه في كتابته
ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة إلى القيمة بالقضاء

٤٠٨

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجع أبو يوسف إليه وكان يقول
أولا لا يباع فيه وإن عجز قبل القضاء وهو قول زفر لأن المانع
من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما انعقدت موجبة
للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد ولنا أن المانع قابل
للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو
الرضاء وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على
القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هنا بخلاف التدبير والاستيلاد
لأنهما لا يقبلان الزوال بحال **قال** وإذا مات مولى
المكاتب لم تنفسخ الكتابة كي لا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب إذ الكتابة
سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له أد المال إلى ورثة المولى
على نجومه لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك
فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء
فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه وهذا لأن
المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة وإن
أعتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة لأنه إبراء عن بدل
الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث وإذا برئ المكاتب
عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى إلا أنه إذا أعتقه
أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه لأنا نجعله إبراء اقتضاء
تصحيحا لعتقه والإعتاق لا يثبت بإبراء بعضه أو أدائه في المكاتب
لا في بعضه ولا في كله ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه
في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء
موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة
والحكم يضاف إلى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر

باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال
ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة
لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا
اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق
ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه
فيرثه فيصير الولاء كالولاد والغنم بالغرم وكذا المراة
تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما وعن بنت
فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعتاق
بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرنا قال فان شرط انه
سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف
للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب وولاؤه للمولى
وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب و
هو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه
او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله و
التركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده
لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد
ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له
لوجود السبب وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لآخر
فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها و
ولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام
مقصودا اذ هو جزء منها فيقبل الاعتاق فلا ينتقل ولاؤه عنه
عملا بما روينا وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر للتيقن
بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر
لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا
وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب

لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب
والقبول وهو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد
عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا
للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه
وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر ولاء
ابنه وانتقل عن مولى الام لان العتق ههنا في الولد ثبت تبعا بخلاف
الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام
الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب
الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم
اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كولد
الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه
ينسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق
فجاءت بولد لاكثر من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث
يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة
العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد
الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاسندنا الى حالة
النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي
الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد
فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا
موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا
فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون
على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا
لهم وانما يثبت للاب مقصورا لان سببه مقصور وهو العتق
بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن
نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى

وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال
ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء
ولدها لمواليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه قال العبد الضعيف
وهو ايضا قول محمد وقال ابو يوسف رح حكمه حكم
ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا
كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي
معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق
العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما
بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان
الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة
والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال
العبد الضعيف رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع
في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج
بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال
ابو حنيفة ومحمد مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف رح
مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان ضعيفا فهو من جانب الاب فصار
كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء
الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبل الفسخ
والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين
فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه
بالنسب او لان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة
تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام
للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو
خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم
يترك وارثا كنت انت عصبته وورث بنت حمزة رضي الله عنهما

على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة يقدم على ذوي
الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه قال فان كان
للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا
لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة
بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة دون ذوي الارحام لما
ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا
لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد
فرضه لانه عصبة على ما رويناه وهذا لان العصبة من يكون
التناصر بها لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبة
تاخذ ما بقي وان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى
دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من
اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن
النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة
الجر قدمناها ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها
فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب
لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج و
المرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني
المولى بل هو لعصبة الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث و
يخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا
فالولاء للابن عند ابي حنيفة رح ومحمد رح لانه اقربهما عصوبة
وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه
اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه
دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه
من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن
آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن

لأن الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر
وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ومعناه القرب
على ما قالوا والصبي أقرب

فصل في ولاء الموالاة

قال: وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه
ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه
فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى. قال
الشافعي: الموالاة ليست بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال
ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا تصح عنده الوصية بجميع
المال وإن لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وإنما تصح في الثلث
ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والآية
في الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على
يد آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به محياه ومماته وهذا يشير
إلى العقل والإرث في الحالين هاتين ولأن ماله حقه فيصرفه إلى
حيث شاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا أنه مستحق
قال: وإن كان له وارث فهو أولى منه وإن كانت
عمة أو خالة أو غيرهما من ذوي الأرحام لأن الموالاة عقدهما
فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الإرث
والعقل كما ذكر في الكتاب لأنه بالالتزام وهو بالشرط ومن
شرطه أن لا يكون المولى من العرب لأن تناصرهم بالقبائل فأغنى
عن الموالاة. قال: وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى
غيره ما لم يعقل عنه لأنه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا
للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم إلا أنه يشترط في هذا
أن يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما إذا
عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول لأنه فسخ حكمي بمنزلة
العزل الحكمي في الوكالة. قال: وإذا عقل عنه لم يكن له

أن يتحول بولائه إلى غيره لأنه تعلق به حق الغير ولأنه قضى به
القاضي ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول
ولده وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأنهم
في حق الولاء كشخص واحد. قال: وليس لمولى العتاقة أن
يوالي أحدا لأنه لازم ومع بقائه لا يظهر الأدنى والله أعلم

كتاب الإكراه

قال: الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما
توعد به سلطانا كان أو لصا لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء
بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وهذا
إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك إنما يكون من
القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله
أبو حنيفة رضي الله عنه أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن
المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه
إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما يشترط
قدرة المكره لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به
وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي إليه
من الفعل. قال: وإذا أكره على بيع ماله أو على شراء سلعة
أو على أن يقر لرجل بألف درهم أو يؤاجر داره فأكره على ذلك بالقتل
أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء
أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع لأن من شرط صحة هذه
العقود التراضي قال الله تعالى إلا أن تكون تجارة
عن تراض منكم والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف
ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لأنه لا يبالي به
بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب

مضيًا يعلم انه ليستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح
جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب
لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا
وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز
جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع
صدر من اهله في محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار
كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه و
اعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في
سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه
وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان
تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات
الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني
حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما هنا فالرد لحق العبد وهما سواء
فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال الشيخ الامام رح
ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى
ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من
جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا
بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا
بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال وان
كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في
البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على
الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر
الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره
الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع
بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون

البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه
رده ان كان قائما في يده لفساد العقد قال وان هلك
المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع
مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان
شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع
الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو
ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن
المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه
بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد
الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها
حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل
الى الجواز فصل وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب
الخمر فاكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره
بما يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه
ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان
تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة
لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس
او على العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له
ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به
ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على
اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رح انه
لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة
قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحل بعد
الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم

بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر
بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب
قال: وان اكره على الكفر بالله او سب النبي صلى الله
عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره
بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه
الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد
اولى واحرى قال: واذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما
امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان
فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين ابتلي به
وقد قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك
قال مطمئنا بالايمان فقال ان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى
الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار
لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت
النفس حقيقة فيسعه الميل اليه وان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر
كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب
وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في
مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز
الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال: وان اكره
على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه
وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة
المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره
آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل قال: وان
اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل
فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما

فكذا بهذه

فكذا بهذه الضرورة قال: والقصاص على المكره ان كان
عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال زفر رح يجب على المكره وقال ابو يوسف
رح لا يجب عليهما وقال الشافعي رحمه الله يجب عليهما
لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه
وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو
الاثم واضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره و
يوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب
في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف
رح ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التاثيم واضيف
الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما
انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما
يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية
على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه
على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل
الى المكره في الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا هذا
قال: وان اكره على طلاق امراته او عتق عبده ففعل
وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر في الطلاق
قال: ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح
آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا
كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج
الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع
المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه قال:
ويرجع بنصف مهر المراة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في

العقد

العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث إنه إتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق. ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحساناً لأن الإكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحساناً لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الإكراه لأنه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والإيلاء والفيء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الإكراه. فلو كان هو مكرهاً على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام.

قال: وإن كان أكره على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يلزمه الحد.

وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك. وإن قالت المرأة: قد بنت منك وقال هو: قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول له استحساناً لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلماً لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى عليه

وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل. ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر: أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكماً لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه. ولو قال: أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره. وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم ففعل وقال: نويت به الصلاة لله ومحمداً آخر غير النبي صلى الله عليه وسلم بانت منه قضاء لا ديانة. ولو صلى للصليب وسب محمداً صلى الله عليه وسلم وقد خطر بباله الصلاة لله وسب غير النبي صلى الله عليه وسلم بانت ديانة وقضاء لما مر. وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم.

كتاب الحجر

قال: الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر والرق والجنون. ولا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال. أما الصغير فلنقصان عقله غير أن إذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال. أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق.

قال: ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه لأن

لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون
نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد
ركن العقد فينعقد موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل البيع
ويقصده وإذا كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي
يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فإن قيل التوقف عندكم
في البيع وأما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم
إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وهنا لم نجد نفاذا
لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه. قال وهذه المعاني
الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال لأنه لا مرد لها
لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة
بالشرع والقصد من شرطه إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة
في حق الصبي والمجنون. قال والصبي والمجنون لا
تصح عقودهما ولا إقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا إعتاقهما
لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه و
الإعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق
بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار
بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان
بمباشرته بخلاف سائر العقود. قال وإن أتلفا شيئا
لزمهما ضمانه إحياء لحق المتلف عليه وهذا لأن كون الإتلاف
موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه
والحائط المائل بعد الإشهاد بخلاف القولي على ما بينا. قال
فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ
في حق مولاه رعاية لجانبه لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين

برقبته أو كسبه وكل ذلك إتلاف ماله. قال فإن أقر بمال
لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في
الحال لقيام المانع وإن أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال لأنه
مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك
وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب
شيئا إلا الطلاق ولأنه عارف وجه المصلحة فيه فكان أهلا و
ليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة
رضي الله عنه لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله
جائز وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا
مصلحة. قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول
الشافعي يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لأنه مبذر
ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له
اعتبارا بالصبي بل أولى لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير
وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر
لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب
عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لأن في سلب ولايته
إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير ولا
يتحمل الأعلى لدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر
على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى
عنه إذ هو دفع الأعلى بالأدنى ولا يصح القياس على منع المال
لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لأنه عاجز عن النظر
لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة بإعطاء آلة القدرة
والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لأن غالب
السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد وإذا حجر

القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز
لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء ألا يرى انه لم يوجد المقضي له
والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من
الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى
غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله
لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة
رضي الله عنه اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى
يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه
فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يؤنس منه
الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس رشده ولا
يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار
كالصبي ولابي حنيفة رضي الله عنه ان منع المال عنه بطريق التاديب
ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى انه قد يصير جدا في
هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار
اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان
فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه لو بلغ رشيدا
ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى
التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما
لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان
كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف
للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي
الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند
ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين
الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد
لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هو السفه بمنزلة الصبي

٤١٦

وعلى هذا الخلاف فاذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا
نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان
كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه
في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام
العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكذلك
السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان
الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء
من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق
فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته
لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده
برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا تجب السعاية لانه
لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع
الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق
فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق
على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه
عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت
جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه فكان الولد حرا والجارية
ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في
حقه وان لم يكن معها ولد قال وقال هذه ام ولدي كانت
بمنزلة ام ولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها
لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف
الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى
ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج
امراة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه
الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه

من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو
التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض
مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في
ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر مثلها وكذا اذا
تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة قال ويخرج
الزكوة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده و
زوجته ومن يجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده
وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي الرحم واجب عليه حقا
لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع قدر
الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها
عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي
النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج
الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا
يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله
فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك
ما يجب ابتداء بغير فعله قال فاذا اراد حجة الاسلام
لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا
يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه
في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة
واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها
بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران لانه
لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما
ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند
عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها وهي جزور
او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير

جاز ذلك في ثلثه لانا نظرنا فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله و
الوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا
في كفاية المنتهي قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا
لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي
رح يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا
للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا
الاية وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولان
الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف
وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول
الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر
عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له فصل في حد
البلوغ قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال
اذا وطي فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي
حنيفة رح وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد
ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة هذا عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وقالا اذا بلغ الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد
بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الشافعي
رح وعنه في الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن
في التاسع عشر سنة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف
وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل
تسع عشرة سنة اما الغلام فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل
والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل
فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في الغلام
اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم
العادة الفاشية ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله

قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثمانية عشر سنة كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبتني الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قوله ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين

بما بيناه من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي دينه بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال فان اقر في حالة الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال

وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه القاضي حال بين الغرماء وبينه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج

الا ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين

كتاب المأذون

قال الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يتوقت الاذن حتى لو اذن لعبده يوما كان مأذونا ابدا

حتى يحجر عليه لأن الإسقاطات لا تتوقت ثم الإذن كما يثبت بالصريح
يثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير
مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رح ولا فرق بين أن
يبيع عينا مملوكا للمولى أو لأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعا
صحيحا أو فاسدا لأن كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعامله
فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه
دفعا للضرر عنهم قال وإذا أذن المولى لعبده في
التجارة إذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه
المسألة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيده وهذا لأن
التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من
أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة ولو باع أو اشترى بالغبن
اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند
أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما هما يقولان إن البيع بالفاحش
منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه
الإذن وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار
كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ولو حابى في مرض
موته يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين وإن كان فمن
جميع ما بقي لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا
وارث للعبد وإن كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري
أد جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحر وله أن يسلم ويقبل
السلم لأنه تجارة وله أن يوكل بالبيع والشراء لأنه قد لا
يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لأنهما من
توابع التجارة فإنه إيفاء واستيفاء ويملك أن يتقبل الأرض
ويستأجر الأجراء والبيوت لأن كل ذلك من صنيع التجار و

يأخذ الأرض مزارعة لأن فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما
فيزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح قال النبي عليه السلام
الزارع يتاجر ربه وكذا أن يشارك شركة عنان ويدفع المال
مضاربة ويأخذها لأنه من عادة التجار وله أن يؤاجر نفسه
عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول لا يملك العقد على نفسه
فكذا على منافعه لأنها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله
فيملك التصرف فيه إلا إذا كان يتضمن إبطال الإذن كالبيع
لأنه يحجر به والرهن لأنه يحبس فلا يحصل مقصود المولى أما
الإجارة فلا يحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال
فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون له في جميعها
وقال زفر والشافعي رح لا يكون مأذونا إلا في ذلك
النوع وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما
أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهته
ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص
بما خصه به كالمضارب ولنا أنه إسقاط الحق وفك الحجر على
ما بينا وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون
نوع بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية
من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن
يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك
فيه قال وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون
لأنه استخدام ومعناه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام
رزقا لأهله وهذا لأنه لو صار مأذونا ينسد عليه باب
الاستخدام بخلاف ما إذا قال أد إلي الغلة كل شهر كذا أو قال
أد إلي ألفا وأنت حر لأنه طلب منه المال ولا يحصل إلا بالكسب

أو قال أقعد صباغاً أو قصاراً لأنه أذن بشراء ما لابد لهما منه
وهو نوع فيصير مأذوناً في الأنواع قال وإقرار
المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لأن
الإقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته
ومعاملته ولا فرق بينهما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا
كان الإقرار في صحته وإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما
في الحر بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لأنه
كالمحجور في حقه قال وليس له أن يتزوج لأنه ليس
بتجارة قال ولا يزوج مماليكه وقال أبو يوسف
رح يزوج الأمة لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها
ولهما أن الإذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا
يملك تزويج العبد على هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب
والشريك شركة عنان والأب والوصي قال ولا يكاتب
لأنه ليس بتجارة إذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل
بفك الحجر فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه لأن
المولى قد ملكه ويصير العبد نائباً عنه ويرجع الحقوق إلى
المولى لأن الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال
لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى ولا يقرض لأنه تبرع
محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق
لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداءً وانتهاءً أو ابتداءً فلا
يدخل تحت الإذن بالتجارة قال إلا أن يهدي
اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه لأنه من ضرورات
التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لأنه
لا إذن له أصلاً فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف

رح أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه
على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر
لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس
للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف
ونحوه لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله
أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لأنه من صنيعهم و
ربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداءً بخلاف ما إذا
حط من غير عيب لأنه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من
صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لأنه قد
يحتاج إليها على ما بينا وله أن يؤجل في دين قد وجب له لأنه
من عادة التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع
للغرماء إلا أن يفديه المولى وقال زفر وقال
الشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه في دينه بالإجماع
لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال
قد كان له وذلك في تعلقه بالدين بكسبه حتى إذا فضل شيء منه
عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لأنه
نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن ولنا
أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق
برقبته استيفاءً كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن
الناس وهذا لأنه سبب التجارة وهو داخل تحت الإذن وتعلق
الدين برقبته استيفاءً حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح
غرضاً للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه و
تعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ
بالكسب في الاستيفاء إيفاءً لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى

من الرقبة. وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة
او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمان
الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء
المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به
قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة
فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد
الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا
كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه
سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة
لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم
يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود
شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم
يمكن يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على
الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال
وان حجر عليه لم يصر محجورا حتى يظهر الحجر بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر
الناس به لتاخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه
وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى
لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو
بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره صح ولو حجر عليه في بيته
بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره
فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من
الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل
اذا لم يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء
الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط

الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا
العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر قال ولو
مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون
محجورا لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف
يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية
الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق
لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال واذا
ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى
ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء
وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى
بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف
ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح
بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر
قال واذا ولدت الماذونة لها من مولاها فذلك
حجر عليها خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان
الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف
الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها
ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع
البيع وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت الامة
الماذونة لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذون
لها على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين
المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها
لما قررناه في ام الولد قال واذا حجر على الماذون
فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة رحمه الله

ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر
بدين عليه فيقضي مما في يده **قال** ابو يوسف ومحمد رح
لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال
بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة
وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره
بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله
ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من
يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها من
حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده
قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره
وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه و
هذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك
على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما
باشره قبل البيع **قال** واذا لزمته ديون تحيط بماله
ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم
يعتق عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يملك ما في يده و
يعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته
ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية المأذونة لها وهذا آية
كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر
في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما ثبت نظرا
للعبد وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه
عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول
بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق
فرعه واذا نفذ عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به

قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في
قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله
فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود
من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه **قال**
وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه
اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه
بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه
لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته
حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان
لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء فتعلق بالمالية
لا غير فافترقا **وقال** ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء ازال المحاباة
وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين اليسير من المحاباة و
الفاحش سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء
وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي
بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة و
المولى يؤمر به لان البيع بالغبن اليسير منهما متردد بين التبرع
والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع
مع المولى للتهمة غير متبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف
ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا
عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان
المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على اصلهما الا باذن
المولى ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو آذن بمباشرته بنفسه
غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا لانهما ان على

اصلهما قال وان باع المولى شيئا بمثل القيمة او
اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على
ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في
كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ان
لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم
اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث
الحبس ولو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى
على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز
ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال فان امسكه في يده
حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا
كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين
اذا كان يتعلق بالعين ولو باع باكثر من قيمته يؤمر بازالة
المحاباة او ينقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة
تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى المأذون
وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن
لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء
من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين
في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي
عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم
بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد
ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء
بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال
وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه
فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري

لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي
المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض
والتغييب فيتخيرون في التضمين وان شاؤوا اجازوا البيع واخذوا
الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في
المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان
يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان
قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم
وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد
القيمة كذا هنا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه
بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق
الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول
تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة
فلهذا لهم ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن
فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول
حقهم اليهم قال فان كان البائع غائبا فلا
خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح المشتري معناه اذا
خصمهم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا
ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم
عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة لابي
يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما
ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء
على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد
لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر
بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز

اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل
في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس لا انه لا يباع حتى
يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانه خالص حق المولى
بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا فان حضر فقال هو
مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال
هو محجور فالقول له لانه متمسك بالاصل

فصل

واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء
كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال
الشافعي رحمه الله لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه
مولى عليه حتى يملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار
كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يتأتى
بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه
اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف
المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه
على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية
لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لبقاء نظر
الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف
الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض
كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء
دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله
لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال
وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب
ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي
بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط
ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد

المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان
الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهليته نفسه عبدا او صبيا
فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت
كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في
ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته
كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي
يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما
بينا وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال
فيه وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على
وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا
دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه الاثم والمغرم
وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده
ولا اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا
له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي
بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان
الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم الاية ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة
الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر
على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال
محمد رح يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق
بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب
ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع

فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ولأبي حنيفة رضي الله عنه ان النقل
لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى أن يوجد جنسه له
ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة
والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل
السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال
وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات
المتفاوتة لانه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية
وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب
فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط
بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين
معناه ما دام قائما لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت
حتى ترد قال عليه السلام لا يحل لاحد ان يأخذ متاع
اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد
حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو
الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه
قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب
الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض
الأحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم
بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم
انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان
الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو مدع امرا عارضا
خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه
ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك سقط
عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال

والغصب

والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه
دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك
في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد يضمنه وهو قول ابي يوسف أولا وبه
قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته
زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في
حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار
كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة
يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد
المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار
فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل
فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان
هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال
وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف
والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين و
يدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله ولو غصب
دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار
فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال ولو
انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فيأخذ
راس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين ان شاء الله تعالى
قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او
بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب و

المنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين
دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن
رده يجب القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر يوم
الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه
في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف
تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور
الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد
اما الغصب قبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما
عرف قال العبد الضعيف رضي الله عنه ومراده
غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع
استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال
ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان
لما بينا ويتصدق بالغلة قال العبد الضعيف رضي
الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا
الخلاف اذا آجر المستعير المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه
وملكه اما الضمان فظاهر وكذلك الملك لان المضمونات
تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب
خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق
اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا
ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه
له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك
ولهذا لو اداه اليه يباح له التناول فيزول الخبث باداء
اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق
وغرمه وليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان

الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره لانه
محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا
تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا
شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى
بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها
بثلاثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله
الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح
لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل
وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل
التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم
هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين
فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما
يجب اذا اشترى بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من
غيرها او نقد منها واشار الى غيرها واطلق اطلاقا ونقد
منها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت
لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال
مشايخنا لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل
حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة
قال ومن اشترى بالالف جارية تساوي الفين
فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا
لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس فصل فيما
يتغير بعمل الغاصب واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب
حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه
عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى

يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فجعله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رح غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربوا وعند الشافعي رح يضمنه وعن أبي يوسف رح أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته وللشافعي رح أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في الطاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير بها حق المالك هالكا من وجه ألا يرى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث إنه محظور بل من حيث إنه إحداث الصنعة بخلاف الشاة لأن اسمه باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رحمهما الله وهكذا عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواه الفقيه أبو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف ألا يرى أنه لو وهبه أو باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الأسارى أفاد الأمر

بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد وإذا أدى البدل يباح له لأن حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضي إلا بطلبه وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف أنه يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم قال وإن غصب فضة أو ذهبا فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند أبي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه ألا يرى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باق من كل وجه ألا يرى أن الاسم باق ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب

فيهما قال الشافعي رحمه الله للمالك اخذها والوجه من الجانبين قدمناه وآخرنا فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمهما الله ينقض اذا بنى في حوالي الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما هذا ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كثيرا يبطل عامة منفعته فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال العبد الضعيف رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش

ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بالقلع لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمهما للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بقدر الممكن اعتبارا بفصل الساجة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل بخلاف الساجة بنى فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى

وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب
الصبغ ليضمن الثوب فيتملكه صاحب الاصل قال
ابو عصمة في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه وتضرب
بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا
يتملك الصبغ بالقيمة فعند امتناعه تعين رعاية الجانبين
في البيع وسنأتي هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد
ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات
الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته
[قال] وفي الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق
يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به
لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند
ابي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان
ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا
الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين
درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد انه ينظر
الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ
ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

[فصل]

ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها
ملكها وهذا عندنا [وقال] الشافعي رح لا يملكها
لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر
ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك
الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير
قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء

لكن البيع بعده يصادف العين [قال] والقول في
القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة
وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك
البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة [قال]
فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول
المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار
للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضى
المالك حيث ادعى هذا المقدار [قال] وان كان
ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى
الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه
بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم
الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في
هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو
الاصح خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم
رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا [قال]
ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه
وان اعتقه ثم ضمن قيمته لم يجز عتقه لان الملك الثابت فيه
ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا لا يظهر في حق
الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق
كملك المكاتب [قال] وولد المغصوبة ونماؤها
وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلكت
فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها
اياه [قال] الشافعي رح زوائد الغصب مضمونة
متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال

الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى **قال** وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب **وقال** زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب

عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم **قال** ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرنا شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب **قال** ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم

النقصان وقال الشافعي رحمه الله يضمنها فيجب اجر المثل
ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال
مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان
المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب
ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي
لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا
لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها
واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة
فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف
ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود
العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه
لاستهلاكه بعض اجزاء العين النقصان

فصل

في غصب ما لا يتقوم قال واذا اتلف المسلم خمر
الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال
الشافعي رحمه الله لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا
اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط
تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في
الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا
ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير
كالشاة ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون والسيف
موضوع فتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف
مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا
من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان
كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا

له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين ذميين لان الذمي غير
ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى
عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا
لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف
متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة
قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة
فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة
ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها
بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا
دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان
هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه
اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال
متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ
الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه
ان يأخذ ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا
فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه
كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل
ولم يضمن الجلد وهذا عند ابي حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا
ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع
اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه
بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد
فلهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه وهو
مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك
ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه

يضمنه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه ولأنه واجب الرد فإذا فوّته
عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه و
قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما
عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم
الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه وله أن التقوم حصل
بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه و
لهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا
له والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون
عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد
حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في
حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوما بخلاف الذكي و
الثوب لأن التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم
يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه
على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك
لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة و
قيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رح وعندهما له ذلك لأنه
إذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك
وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد
مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل
قيمة جلد ذكي غير مدبوغ وكون دبغه بما لا قيمة له كالتراب
والشمس فهو لمالكه بلا شيء لأنه بمنزلة غسل الثوب ولو
استهلكه الغاصب فيضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا
غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي حصّله فلا يضمنه
وجه الأول وعليه الأكثرون أن صفة الدباغ تابعة للجلد

422

فلا يرد عنه وإذا صار الأصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو
خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة رح صار ملكا
للغاصب فلا شيء عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد
الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هنا أن يعطي مثل وزن
الملح من الخل وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما
قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكهما لا يضمنهما عند أبي
حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو
خللها بإلقاء الخل فيه فعن محمد أنه صار خلا من ساعته
يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لأنه استهلاك له وهو غير
متقوم وإن لم يصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا
قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لأنه خلط الخل بالخل
في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة
رضي الله عنه هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لأن
نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لأنه
أتلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه
الأول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لأنه أتلف ملك
غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن
للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لأن الملقى
فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه
أقوال المشايخ وقد أثبتناها في كفاية المنتهى قال

ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو دفا أو أراق
له سكرا أو منصفا فهو ضامن وبيع هذه الأشياء جائز
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل
الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو وأما طبل

المزامير والدف الذي يباح ضربه في العرس فيضمن بالاتفاق من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رحمه الله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هنا وفي السكر والمنصف تجب قيمتها ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة بالاتفاق ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله وما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه

في كل جزء، وبعده الاتصال في الحقوق لأنه شركة في مرافق
الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولأن ضرر القسمة إن لم
يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في
الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا
أنه مقدم قال فإن سلم فالشفعة للشريك في
الطريق فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد
بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة
وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك
في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لأنهم محجوبون به
ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل إلا أن للشريك
حق التقدم فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين
المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل
معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في
المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن
أبي يوسف رح لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لا بد
أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة
فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا والشرب الخاص
أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن أبي يوسف الخاص
أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك
فهو عام فإن كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير
نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلأهلها
الشفعة خاصة دون أهل العليا وإن بيعت في العليا
فلأهل السكتين ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر

أصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه. قال
ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه
شفيع جوار لأن العلة هي الشركة في العقار وبوضع
الجذوع لا يصير شريكا في الدار إلا أنه جار ملاصق
قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار
جار لما بينا قال وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة
بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الأملاك وقال
الشافعي رح هي على مقادير الأنصباء لأن
الشفعة من مرافق الملك ألا يرى أنها لتكميل منفعته فأشبه
الريع والغلة والثمرة والولد ولنا أنهم استووا في سبب
الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق ألا
يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية
كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح
يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الأخرى
بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه
بخلاف الثمرة وأشباهها ولو أسقط بعضهم حقه فهي
للباقين في الكل على عددهم لأن الانتقاص للمزاحمة مع كمال
السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض
غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لأن الغائب لعله لا
يطلب وإن قضى القاضي لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له
بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا
للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ
القادم إلا النصف لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع
حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء. قال

والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لأن سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم الخصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته

وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية عن محمد رح وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي رحمه الله لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي رح ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى قال واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه

الاشهاد طالبا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء
فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما
قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على
البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او
على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته
وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان الاول باليد و
الثاني بالملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق
به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه
من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي
وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه
الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الان
فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رح انه يشترط تسمية
المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث
طلب الخصومة والتمليك وسنذكر كيفيته من بعد ان
شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتاخير
هذا الطلب عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف
رح قال وقال محمد رح ان تركها شهرا بعد الاشهاد
بطلت وهو قول زفر رح معناه اذا تركها من غير عذر
وعن ابي يوسف رح انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من
مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه
ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه
قول محمد رح انه لو لم تسقط بتاخير الخصومة ابدا يتضرر به
المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع
فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في

الايمان

الايمان وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى
ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح
بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا
كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو
علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير في
بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان
عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى
الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان
اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان
اليد ظاهر محتمل ولا يكفي لاثبات الاستحقاق قال
العبد الضعيف عفا الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل
على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا
فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن
سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار
لي تلاصقها الان تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في
الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد
بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال
فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما تعلم انه
مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه
ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد
غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت
ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك يسأل
القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فاذا انكر
الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب

الا بعد ثبوت الملك بالحجة قال فان عجز
عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق
عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على
الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في
كتاب الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى وانما
يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه فصل
وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال
وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى
مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار
الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي
حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح
لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره
حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه
قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط
احضاره واذا قضى القاضي بالدار فللمشتري ان يحبسه
حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل
مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن
بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت
بالخصومة عند القاضي قال واذا احضر
الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة
لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى
يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على
البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد
للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما

بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور
البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله
فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع
في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ
عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة
لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ
الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء
عليه ولكنه يتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه
فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري
فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض
وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد
طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى قال
ومن اشترى دارا لغيره فهو خصم للشفيع لانه هو العاقد
والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال
الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون
الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما
عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير
الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره
في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب
فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا
اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال
واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية
وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط
البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى

لانه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء
ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس
بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف

قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول
قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند
نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان
لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري
لا يدعي عليه شيئا لتخييره بين الترك والاخذ ولا نص هاهنا
فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري
لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري
بعد ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان
وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري
لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وهاهنا
الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه
كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما
روي عن محمد واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير
الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد
التسليم يقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هاهنا
فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة
والبينات للالزام قال وان ادعى المشتري
ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذ الشفيع بما
قال البائع وكان حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان
كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على

ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط
يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله ولان التملك على
البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت
مطالبته فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الاكثر
يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر
فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على
ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا
يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض
الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول
البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من
البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع
وقد بينا ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت
الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالف لانه لما بدا
بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت
الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت
الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار
بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار
الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع
وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق
باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا
اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى
يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق
باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع بتوفيق الله تعالى

وان زاد المشتري البائع في الثمن لم تلزم الزيادة الشفيع
لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما
دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة
اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى
كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا قال
ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات
القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من
ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك
على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف
والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار
اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر لانه بدله وهو من
ذوات القيم فياخذه قال واذا باع بثمن مؤجل
فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر
حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال
بثمن مؤجل قال زفر له ذلك وهو قول
الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة
والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا
ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع
والبائع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في
حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف
الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون
حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل
ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هنا ثم ان اخذها
بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل

وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل
كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع
فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا
وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة
الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى
ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال
حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا
لابي يوسف الاخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ
يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي
الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال
واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي اخذها بمثل
الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم
وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم
كالشاة لنا فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة قال
وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير
فظاهر واما الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق
بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها
بنصف قيمة الخمر والخنزير والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا
للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن
تمليك الخمر بالاسلام وبالتاكد حقه لا يبطل فصار كما اذا
اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة
الرطب كذا هنا قال واذا بنى المشتري فيها او غرس ثم
قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن و
قيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي

يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة
البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي
رحمه الله الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف
انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع
من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء
فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان
في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى
فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به
حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض
كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق
المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من
تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد
فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى
لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما
لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر و
ليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا
كما بينا في الغصب قال ولو اخذها الشفيع فبنى
فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير
حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه
ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه
متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما
هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه
من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه

مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق
بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار
ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى
دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم
يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة
بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي
بحصته لان الفائت بعض الاصل قال وان شاء
ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال
واذا نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة
بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها
شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس
للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا
قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها
الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل
من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه
لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه
المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار
تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع
قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر
فاثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا
لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة قال
فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين
جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ بالشفعة حيث
صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان

جذع المشتري سقط عن الشفيع حصته قال العبد الضعيف رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الأول لأنه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لأن الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا إلا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وإن كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم لأن الشفعة إنما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار أو ربع إلى غير ذلك من العمومات ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وإنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله صلى الله عليه وسلم لا شفعة إلا في ربع أو حائط وهو حجة على مالك رحمه الله في إيجابها في السفن ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الأصل لأنه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي

في استحقاق الشفعة سواء للعمومات ولأنهما يستويان في السبب وفي الحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذونا أو مكاتبا قال وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبدا لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لأنه لا عوض فيها رأسا وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه لأنه لا شفعة عنده إلا فيه ونحن نقول إن تقوم منافع البضع في النكاح وغيره بعقد الإجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة رضي الله عنه و

قالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه

قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة

قال العبد الضعيف رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه

قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض ولا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع

قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب

عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك

وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتني على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشترى ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية

قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه

قال فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري

قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها
قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على
ملكه لما بينا قال وإذا اقتسم الشركاء العقار
فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الافراز و
لهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
قال وإذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة
ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء
قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه
والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه
وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة
لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ بيع
جديد في حق ثالث وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي و
الشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لأن قبله فسخ
من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير
ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا
شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية
بالفتح عطفا على الشفعة لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة
انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لأنهما يثبتان
لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود
في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال وإذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو
يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب وهذا
لأن الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة
وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على المتبايعين و

ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال وان
صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لأن حق
الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح
الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد
اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال
لما بينا بخلاف القصاص لأنه حق متقرر وبخلاف الطلاق
والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال
للمخيرة اختاريني بألف او قال العنين لامرأته اختاري
ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض و
الكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي رواية
أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في
الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال
وإذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رح تورث عنه
قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل
القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد
الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في
خيار الشرط وقد مر في البيوع ولأنه بالموت يزول ملكه عن
داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع
وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة
بدونه وان مات المشتري لم تبطل لأن المستحق باق ولم
يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه
القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان
يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته
قال وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى

له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك
وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة
كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف
ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال
فبقي الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو
الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة و
الاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له
فله الشفعة لان الاول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من
جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة
لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع
فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط
له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه
بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال
فاذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم انها علم بيعت باقل
منه او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله
الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس
الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل
مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها
بيعت بعرض قيمته الف درهم او اكثر لان الواجب فيه القيمة و
هي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف
فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر قال زفر رح
له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية
قال واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة
ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري

هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في
حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة
لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر
الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه فصل
واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع
فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه
هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال وان ابتاع
منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول
دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني
شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا
درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا
عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر و
الثمن هو العوض عن الدار قال العبد الضعيف
رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع
باضعاف قيمته ويعطي بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت
المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني
فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا
استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال
ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وعند محمد رح
يكره لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما
دفعناه ولابي يوسف رح انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا
وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة مسائل
متفرقة قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل
فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة

أخذها كلها أو تركها والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ
البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر
وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة
ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح إلا أن قبل
القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر
حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد
المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء
سمى لكل نصيب ثمنا أو كان الثمن جملة لأن العبرة في هذا لتفرق
الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى

قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه
البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع لأن
القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض
بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وإن كان له نفع فيه بعود
العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا
باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد ما وقع مع الذي
قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو
تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم إطلاق
الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار
للمشتري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف لأن
المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة رضي الله
عنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى
جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال ومن باع دارا
وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا إذا كان العبد هو البائع

فلمولاه

فلمولاه الشفعة لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة
الشراء وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للغرماء بخلاف ما إذا لم
يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبيع له قال
وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة و
أبي يوسف وقال محمد رحمه الله وزفر هو على شفعته إذا بلغ
قالوا والجواب على هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار
دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب
الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمه الله
أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده ولأنه شرع
لدفع الضرر وكان إبطاله إضرارا به ولهما أنه في معنى التجارة
فيملكان تركه ألا يرى أن من أوجب بيعا للصبي صح الرد من الأب
والوصي ولأنه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه
ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما
كإبطالهما لكونه دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها
فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز
التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه
لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي وإن بيعت بأقل
من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح التسليم
منهما ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله

كتاب القسمة

القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة لأن النبي
باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم
هي لا تعرى عن معنى المبادلة لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان
له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في
نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا والإفراز هو الظاهر في

المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما
ان يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه
يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو
الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما
اخذ نصيب صاحبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه
لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من
جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان
فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمعادلة مما يجري فيه
الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل
القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه
فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر
القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في
المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال
وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين
الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به
قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم
العامة فيكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال
فان لم يفعل نصب قاسما بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان
النفع لهم على الخصوص ويقدر باجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة
والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن
التهمة ويجب ان يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة لانه من
جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد
معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه

لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز
الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم
عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير
الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه
خيفة الفوت فيرخص الاجر قال واجرة القسمة على
عدد الرؤوس عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا على قدر الانصباء
لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان و
حفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة رح
ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب
بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم
باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو
يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على هذا
الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن
وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب
دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر
الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم
ورثوها عن فلان لم يقسمها عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى
يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقالا يقسمها باعترافهم
ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال
المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم
جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان
اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم
فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا
لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب

القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان
القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة
حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها
بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس
بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب
خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي
المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول
لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه
ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده
وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم
فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال وان ادعوا
الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في
القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال
العبد الضعيف رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي
الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في
ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما
لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة رح خاصة
وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير
محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع
الجواز قال واذا حضر وارثان واقاما البينة
على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث
غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض
نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب
وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من

اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا
من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان
ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما
اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء
بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا
لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب
فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه
لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد
الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما
من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق
عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل
بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب
قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام
البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح
مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان
الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب
القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا
حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة و
اقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير
عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر
بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال وان كان كل واحد من الشركاء
ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها

عند طلب احدهم على ما بينا من قبل وان كان احدهم ينتفع و
الآخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان
طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه
والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الخصاف على قلب
هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر
نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي و
الوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح ما هو المذكور في الكتاب
وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا
بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها
ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما
القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم القاضي العروض
اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود
فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين
بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة
تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي و
يقسم القاضي كل مكيل وموزون كثيرا وقليلا والمعدود
المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس و
الابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة وبعيرا او بغلا
وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس
المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا
واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا
ثوبان اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب اذا
جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع
ثوب لانه قسمة البعض دون الكل وذلك جائز قال

ابو حنيفة رضي الله عنه لا يقسم الرقيق ولا الجواهر لتفاوتهما
وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم
وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة
فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيهما
يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم
جنسان ومن الحيوان جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين
في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق
بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف
الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها
لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري
الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر تفحش من جهالة الرقيق
الا ترى لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا يصح
التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال
ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا
الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى
كل نصيب منتفعا انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف
التراضي لما بينا قال واذا كان دور مشتركة في
مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى
هذا الخلاف الاقرحة المشتركة المتفرقة لهما انها جنس واحد
اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى
اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي
وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف
البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فا

فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء
دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في
الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة
كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال
العبد الضعيف رضي الله عنه بنى الوضع في الكتاب اشارة
الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما
وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رحمه الله انه يقسم احدهما
في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت
فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة
كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها
من كل واحد قال وان كانت دارا وضيعة او دارا
وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال
العبد الضعيف رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا
ذكر الخصاف وقال محمد رح في اجارات الاصل ان
اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس
واحد فيجعل في المسئلة روايتان او يبنى حرمة الربوا هناك
على شبهة المجانسة فصل في كيفية القسمة وينبغي
للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه
على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره او
يذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز
كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم
بالآخر تعلق فينقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام
ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم
يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج

ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء
حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها
اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى
بتوفيق الله وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه
بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان
شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل
حتى لو عين لكل واحد منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه
في معنى القضاء فملك الالزام قال ولا يدخل في
القسمة الدراهم الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة
من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان
احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا
تسلم له واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك
على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي
حنيفة رح انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات
ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم
على الآخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ
لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج
وعن محمد رح انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من
العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة
بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا
القدر فلا يترك الاصل الا بها وهو يوافق رواية الاصل
قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر
او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه
ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه تحقق معنى القسمة

من غير ضرر وإن لم يمكن فسخت القسمة لأن القسمة مختلة لبقاء
الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة
لأن المقصود منه تمليك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في
الحال أما القسمة فلتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق ولو
ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب لأن معنى القسمة
الإفراز والتمييز وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب
الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من
غير ضرر فيصار إليه بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل
فيه ما كان له من الطريق والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى البيع
وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني
يدخل فيهما لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل
فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الإفراز وذلك
بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص
بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لأن كل
المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق
فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في دفع الطريق بينهم في
القسمة وإن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم
الحاكم من غير طريق قال لتحقق الإفراز بالكلية دون
وإن كان لا يستقيم ذلك دفع طريقاً بين جماعتهم ليتحقق تكميل
المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض
باب الدار وطوله لأن الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم
كما كان قبل القسمة لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو
شرطوا أن الطريق بينهما أثلاثاً جاز وإن كان أصل الدار
نصفين لأن القسمة على التفاوت جائزة بالتراضي قال

وإذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم
كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك
قال العبد الضعيف رضي الله عنه هذا عند محمد
أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لمحمد رحمه الله
أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئراً أو سرداباً
أو إصطبلاً أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة وهما
يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل لأن الشركة في المذروع
لا في القيمة فيصار إليه ما أمكن والمراعى التسوية في السكنى لا
في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع
قال أبو حنيفة رضي الله عنه ذراع من سفل بذراعين
قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في
تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو
أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه
أن منفعة السفل تربي على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فناء
السفل وكذا فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير إذ
لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه
بذراع من السفل ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يستويان
فيه والمنفعة متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر
بالآخر على أصله ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة والفتوى اليوم على
قول محمد وقوله لا يفتقر إلى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله
في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد
ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف
فثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من السفل ستة وستون وثلثان

وبعده ثلثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع
فيساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل
المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل
نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة و
ستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله بمقابلته تفسير
قول ابي يوسف رح ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة
ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو و
السفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة
ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال واذا
اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما
قال العبد الضعيف رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف
رضي الله عنهما وقال محمد رح لا يقبل وهو قول ابي
يوسف اولا وبه قال الشافعي رح وذكر الخصاف قول محمد مع
قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رح انهما شهدا على فعل
انفسهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك
الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء
والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى
الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما
يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فيقبل الشهادة عليه
قال الطحاوي اذا قسما باجر لا يقبل الشهادة بالاجماع
واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه
وكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا يقبل الا انا نقول هما
لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على
ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في

الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا يقبل لان
شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع
المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل
في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهما الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد
اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه
يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم
له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيبه ونصيب المدعي
فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة
فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان
لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد
استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه
يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم
يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا و
فسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار
نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما
تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر
به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء
القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا
واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما
اصابه بالقسمة فانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان
اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج
تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا

ونرادا وكذا اذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل
واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لأحدهما
بينة قضي له وان لم يقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع
قال: واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ
القسمة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ورجع بحصة ذلك في نصيب
صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة قال
رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر
في الأسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من
نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع
ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه و
لم يذكر قول محمد رح وذكر ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص
مع ابي حنيفة رح وهو الاصح لابي يوسف ان باستحقاق بعض
شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما
اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع
ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في
نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز
لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت
القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا
بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه
فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما في المقدم وربع المؤخر يجوز
فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع
في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه
في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة
المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين

من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء
نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع
ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في
يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا
للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الثاني
رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع
البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة
نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن
نصف نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر
في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث
وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي
من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض
القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة
من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع
قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه
لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة و
لو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على
القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل

في المهايأة
جائز استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع
فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة
الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع
في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد
الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في

التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم
ويبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايو بموت احدهما ولا
بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم
الاستيناف ولو تهايا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة
وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة
على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايو في هذا الوجه
افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولا يشترط فيه التاقيت ولكل
واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم
يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايا في عبد واحد على ان
يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان
المهاياة قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان والاول
متعين ههنا ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في
محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا لان التهايو في
المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من
الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا
للتهمة ولو تهايا في عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والاخر
الاخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من
القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم
القاضي وهكذا روي عنه انه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه
يقسم القاضي وهكذا روي عنه لان المنافع من حيث الخدمة قلّ
ما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا
على ما تقدم ولو تهايا فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه
جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة
لانه لا يتسامح فيها ولو تهايا في دارين على ان يسكن كل واحد

منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه عندهما ظاهر لان الدارين
عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن
ابي حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز التهايو فيه اصلا بالجبر
لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما
لان بيع بعض احدهما ببعض الاخرى جائز وجه الظاهر ان التفاوت
يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر
افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي
الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال
يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايو
في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف
العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة
تحملها واما التهايو في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة
في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز
ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال
ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في
الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة
في نوبة احدهما عليها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة
ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايو على المنافع فاستغل
احدهما في نوبته لان التعديل فيما وقع عليه التهايو حاصل وهو
المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايو على
الاستغلال جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل
غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق
ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان

الاستيفاء وفي الدار الواحد يتفاوت الوصول فاعتبر قرضا وجعل
كل واحد منهما في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه
حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ
في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر
منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز وفي
التهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان
قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة و
الاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين
عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل
او شجر او غنم بين اثنين فتهايآ على ان ياخذ كل واحد منهما
طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان
المهايات في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه
اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع
حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن
بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رضي الله عنه المزارعة بالثلث والربع
باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة
هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رح
وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلم عامل اهل خيبر على
نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال و
العمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان
ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست
الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم و

الدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك
للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روي انه عليه السلم
نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من
عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم
وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلم اهل خيبر كان خراج
مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى
الارض وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة
فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان
البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج كله في الوجهين
لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان
الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة
بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة
لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض
صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونها والثاني ان يكون
رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا
ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع
الارض ومنافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع
بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو
منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من
لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون
معلوما وما لم يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان
يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب
الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في
الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع

هذه الشركة كان فاسدا والثامن بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوما قال وهي عندهما على أربعة أوجه ان كانت الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كان الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الأرض والبقر والبذر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لان منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر

قابضا له باتصاله بارضه قال ولا يصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج بينهما شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الأرض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره و يكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم تخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرط رفع الخراج والأرض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط رفع العشر وقسمة الباقي والأرض عشرية قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود لان المقصود هو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط و المفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ

يلح التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه العاقدان
ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل ولو شرطا الحب
نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرط
التبن للآخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا
يخرج الا التبن واستحقاقه غير صاحب البذر بالشرط قال
واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم
تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا
شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق
غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت
الذمة بعدم الخارج واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه
نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء
كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من قبل
الأرض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط لانه رضي
بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رح عليه اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى
منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر
في الاجارات وان كان من قبل العامل فلصاحب الأرض اجر
مثل ارضه لانه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب عليه
ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على
ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرنا ولو جمع
بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر
مثل الأرض والبقر وهو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة
وهي اجارة معنى واذا استحق رب الأرض الخارج لبذره في
المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض

مملوكة

٤٥٧

مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر
الأرض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من
الأرض وفساد الملك في منافع الأرض اوجب خبثا فيه فما سلم له
بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا
عقدت المزارعة فامتنع صاحب الأرض والبذر من العمل لم يجبر عليه
لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر
اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره
الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم
بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر تفسخ به الاجارة فيفسخ به
المزارعة قال ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله
وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في
الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه
غره في ذلك قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت
المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان
دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد
مات رب الأرض ترك الزرع في يد المزارع حتى يستحصد
الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنين
لان في ابقاء العقد في السنة الأولى مراعاة الحقين بخلاف
السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ
فيهما على القياس ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب
الأرض وحفر الأنهار شيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما
تقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم
يستحصد لم يبع الأرض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع
ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي
من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الأرض لم

يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال وإذا انقضت مدة
المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من
الأرض إلى أن يستحصد الزرع والنفقة على الزرع عليهما على
مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لأن في تبقية الزرع بأجر
المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه وإنما كان العمل عليهما
لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك
وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض قبل إدراك الزرع حيث يكون
العمل فيه على العامل لأن هناك أبقينا العقد في مدته والعقد
يستدعي العمل على العامل أما هاهنا فقد انتهى فلم يكن هذا إبقاء
ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فإن أنفق أحدهما
بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع لأنه لا ولاية له
عليه ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك
لما فيه من الإضرار بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا
قيل لصاحب الأرض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة
نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لأن
المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لأن إبقاء العقد بعد وجود
المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الأرض مخير بين هذه
الخيارات لأن بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد
نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع وأبى
رب الأرض فلهم ذلك لأنه لا ضرر على رب الأرض ولا أجر لهم
بما عملوا لأنا أبقينا العقد نظرا لهم فإن أرادوا قلع الزرع
لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاثة لما بينا
قال وكذا أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية
عليهما بالحصص فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا
الحكم ليس يختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع

لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد
يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما
ولا عقد فيجب مؤنته عليهما وإذا شرط في العقد ذلك ولا
يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل و
الطحن على العامل وعن أبي يوسف رح أنه يجوز إذا شرط ذلك
على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ
بلخ قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الأصح في
ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي
والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة
فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على
ما بيناه والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الإدراك
كالجذاذ والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الإدراك كالجذاذ
والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق
لأنه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال
مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض
لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ولو أراد فصل القصيل
أو جد التمر بسرا أو التقاط الرطب فذلك عليهما لأنهما أنهيا
العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الإدراك

كتاب المساقات

قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا
هي جائزة إذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة
هي المعاملة والكلام فيه كالكلام في المزارعة قال
الشافعي رح المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة إلا تبعا للمعاملة
لأن الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة

في الزيادة دون الأصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الريع
دون البذر بأن شرطا دفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة
أصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الأرض
والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة
معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز و
يقع على أول ثمر يخرج لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلما
يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وإدراك البذر في أصول
الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا
يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيرا
خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله
الجهالة وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر
معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأراضي
وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو أصول
رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لأنه
ليس لذلك نهاية معلومة لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت
المدة وشرط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة إذ شرط
جزء معين يقطع الشركة وإن سميا في المعاملة وقتا يعلم أنه لا
يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في
الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها
جازت لأنا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت
المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وإن تأخر فللعامل أجر
المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار
كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن
الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا

شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال وتجوز المساقاة
في النخل والشجر والكرم والرطاب لأن جوازها بالأثر وقد
خصهما وهو حديث خيبر ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت و
أثر خيبر لا يخصهما لأن أهلها يعملون في الأشجار والرطاب
أيضا ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة
سيما على أصله وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير
عذر لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل
أن يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب
البذر على ما قدمنا قال وإن دفع نخلا فيه ثمرة
مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز
وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز وإن استحصد و
أدرك لم يجز لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد
التناهي والإدراك ولو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل
ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى
العمل قال وإذا فسدت المساقاة فللعامل
أجر مثله لأنه في معنى الإجارة الفاسدة وصار كالمزارعة إذا
فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لأنها في
معنى الإجارة وقد بيناه فيها فإن مات رب الأرض والخارج
بسر فللعامل أن يقوم كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك
الثمر وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فيبقى العقد
دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه للآخر ولو التزم العامل الضرر
يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين أن
يعطوه قيمة نصيبه من البسر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم و
قد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته أن
يقوموا عليه وإن كره رب الأرض لأن فيه النظر من الجانبين

فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلث التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على العامل هنا وفي المزارعة عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق عليه العمل كما يستحق قبل انتهائها **قال**

وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله

وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناها في كفاية المنتهى وهذا اصحهما

كتاب الذبائح

قال رضي الله عنه الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت بها الحل يثبت بها الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل من الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الطاقة ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى

قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر

قال ولا يؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام

سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم
ولأنه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى
قال والمرتد لأنه لا ملة له فإنه لا يقر على ما
انتقل إليه بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه لأنه يقر عليه عندنا
فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني
لأنه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد و
كذا لا يؤكل ما ذبح من الصيد في الحرم والإطلاق في المحرم
ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم
وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن
ذكاة بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير
الصيد لأنه فعل مشروع إذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه لا
يحرم على المحرم قال فإن ترك الذابح التسمية عمدا
فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا أكل قال
الشافعي رحمه الله أكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في
الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف
إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي و
هذا القول من الشافعي رحمه الله مخالف للإجماع فإنه لا خلاف
فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وإنما الخلاف
بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله
عنهما أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم أنه
يحل بخلاف متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو
قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع له
قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم
ولأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان

كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا فالملة أقيمت
مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا
تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والإجماع
وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي
الله عنه فإنه عليه السلام قال في آخره فإنك إنما سميت على
كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك
يحتج بظاهر ما ذكرناه إذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار
ذلك من الحرج ما لا يخفى لأن النسيان كثير الوقوع للإنسان
والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره إذ لو أريد به لجرت
المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول والإقامة في
حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر
وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار
تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند
الإرسال والرمي وهي على الآلة لأن المقدور له في الأول
الذبح وفي الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة فتشترط
عند فعل يقدر عليه حتى إذا أضجع شاة وسمى فذبح
غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب
غيره حل وكذا في الإرسال ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى
بالشفرة وذبح بالأخرى أكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره
صيدا لا يؤكل قال ويكره أن يذكر مع اسم الله
شيئا غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان و
هذه ثلاث مسائل أحدها أن يذكر موصولا لا معطوفا فيكره
ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول بسم الله
محمد رسول الله لأن الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له

الا انه يكره لوجود القران صورة فيه صورة المحرم والثالث
ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله
واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول
الله بكسر اللام فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والرابع
ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية و
قبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روى عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن
امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر
الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا
التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء
وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو
عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل به في اصح الروايتين لانه
يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن
عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس
رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها
صواف **قال**: الذبح بين اللبة واللحيين وفي الجامع
الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله
والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين
ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ
الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال**: والعروق التي
تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمري والودجان لقوله
عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهو اسم جمع واقله الثلث
فيتناول المري والودجان وهو حجة على الشافعي رح في
الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة

الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا
يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا
ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح
وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين **قال**:
رضي الله عنه وهكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره و
المشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وحده
قال: في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف
الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل
ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فيه والحاصل
ان عند ابي حنيفة اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل وبه كان
يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر
اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل
بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل
واحد منها ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار
الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما
الحلقوم فيخالف المري فانه مجرى العلف والماء والمري مجرى
النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم
مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر
منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية
في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام و
يخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب
بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا
احتياطا لجانب الحرمة **قال**: ويجوز الذبح بالظفر
والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه

يكره هذا الذبح **وقال** الشافعي رحمه الله المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان **قال** ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل **قال** ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها **قال** ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم

٤٦٢

انه نهى عن ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى مذبحه وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا تؤكل ذبيحته **قال** فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكوة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكوة فيها وما استأنس من الصيد فذكوته الذبح وما توحش من النعم فذكوته العقر والجرح لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكوة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول فكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكوة الاختيار لما بينا **وقال** مالك لا يحل بذكوة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكوتها العقر وان ندت في المصر لا يحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير

لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله

قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيهما في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل

قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضافا اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل من الحيوان

قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب وناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف

قال ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير

قال ولا يؤكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف

قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف رح انه يكره لان الغالب عليه اكل الجيف

قال ويكره اكل الضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي رح في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم شيء بقتله وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها

قال ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر

قال

ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول مالك
وقالا أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس بأكله
لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحم الخيل يوم خيبر ولأبي حنيفة رحمه الله
قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج
مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان
بأعلى النعم ويمتن بأدناها ولأنه آلة إرهاب العدو فيكره أكله
احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولأن في إباحته تقليل
آلة الجهاد وحديث جابر رضي الله عنه معارض بحديث خالد
رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم
وقيل كراهة تنزيه والأول أصح وأما لبنه فقد قيل لا بأس به
لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا بأس
بأكل الأرنب لأن النبي عليه السلام أكل منه حين أهدي إليه مشويا
وأمر أصحابه بالأكل منه ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف
فأشبه الظبي قال وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر
لحمه وجلده إلا الآدمي والخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيهما
فالآدمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال
الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأنها تؤثر في
إباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون
الأصل وصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة
الرطوبات النجسة والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات
الجلد واللحم فإذا زالت طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود
في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع فلا
بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء
القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل

قيل لا يجوز اعتبارا بالأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه
ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الأكل قال
ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك وقال مالك وجماعة
بإطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب
والإنسان وعن الشافعي رحمه الله أنه أطلق ذلك كله والخلاف
في الأكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير
فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته
ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم
هو الدم فأشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما
سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دواء
يتخذ فيه الضفدع ونهى رسول الله عن بيع السرطان والصيد
المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو
مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي محمول على السمك وهو
حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان
أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال
قال ويكره أكل الطافي منه وقال الشافعي
ومالك رحمهما الله لا بأس به لإطلاق ما روينا ولأن ميتة البحر موصوفة
بالحل في الحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا
فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه
البحر ليكون موته مضافا إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة
قال ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك
والجراد من غير ذكاة وقال مالك لا يحل الجراد إلا
أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه لأنه صيد البر ولهذا يجب على المحرم

بقتل جراد يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائر الصيد والحجة على
مالك ما روينا وسئل علي رض عن الجراد يأخذه الرجل من الارض
وفيها الميت وغيره فقال كل كله وهذا عد من فصاحته دل على
اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة
لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك
عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف انفه
من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها
في كفاية المنتهى عند التأمل نقف المبتدئ عليها منها اذا قطع
بعضها فمات فيحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما
ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد
روايتان

كتاب الأضحية

قال: الأضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم
الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة
ومحمد رح وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح
وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رح وذكر
الطحاوي ان على قول ابي حنيفة رح واجبة وعلى قول ابي يوسف
ومحمد رح سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف
وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من
شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها
لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في
الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب
قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل
هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها
وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة

للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا
بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر
استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة و
المراد بالارادة فيما روي ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة
منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب
بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر
وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا
من اشتراط السعة ومقداره ما تجب به صدقة الفطر وقد مر في
الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره
ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما
بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة
الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وروي عنه انه لا يجب
عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب
هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه
قربة محضة والاصل في القرب ان لا يجب على الغير بسبب الغير ولهذا
لا يجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان
للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر رح والشافعي رح
يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف
في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم
جميعا لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع فلا
يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان يأكله والاصح ان يضحي من
ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال
ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة و

القياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة
الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال
نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة
عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس وتجوز عن
ستة او خمسة او ثلثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز
عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا تجوز عن ثمانية اخذا بالقياس
فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع ولا
تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء
الله تعالى قال ويجوز عن اهل بيت واحد وان
كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا
اقل منها لقوله عليه السلم على كل اهل بيت في كل عام اضحاة
وعتيرة قلنا المراد منه قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده
ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة
بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلثة الاسباع
جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن
لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء
من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع قال ولو اشترى
بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه اجزاه
استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها
للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه
الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء
وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه
دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن
ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن صورة

الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء
لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما
بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين
وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت
الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل
الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون
بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلم من ذبح قبل الصلوة
فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب
سنة المسلمين قال عليه السلم ان اول نسكنا في هذا
اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه
الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال
التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق القروي ولا
صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز
بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية
حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي
العكس لا يجوز الا بعد صلوة العيد وحيلة المصري اذا اراد
التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا
لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل
مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان
المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا
تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد
ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها
صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم وكذلك على عكسه وقيل
هو جائز قياسا واستحسانا قال ويجوز في ثلثة

ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رح
ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلم ايام التشريق كلها ايام ذبح
ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رض انهم قالوا ايام
النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدى
الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل
وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة و
هو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره
لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق
ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير
والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن
الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل
عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والتصدق يؤتى بها في
الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي
ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان
فقيرا وقد اشترى للتضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق
بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على
الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه
التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا
والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحى بالعمياء
ولا العوراء ولا العرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء
لقوله عليه السلم لا تجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها
والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا
تنقي قال ولا تجوز مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن
فلقوله عليه السلم استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما

واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال
ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب
جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا
يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في
مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن
او العين او الالية الثلث او اقل اجزأه وان كان اكثر لم يجز لان
الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلا وفيما
زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي
حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه
السلم في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال
ابو يوسف ومحمد رح اذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا
للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث
وقال ابو يوسف رح اخبرت بقولي ابا حنيفة رح
فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف
وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان
عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف رح ثم معرفة المقدار
في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد
ان لا تعلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا
قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها
الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان
اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب
الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز ان
يضحى بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود
وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح

ان النبي عليه السلم ضحى بكبشين املحين موجوئين قال
والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل
بالمقصود واما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت
سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت
مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي
التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رح انه يعتبر في الاسنان الكثرة و
القلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول
المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا يجوز لان مقطوع
اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي
ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها
سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان
فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشرا
فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا
يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل
قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا
شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت
الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما
ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا
عندنا خلافا لزفر والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته
ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في
هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره
عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح
قال: والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها
عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلم ولا

من الصحابة رح قال: ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا
الا الضأن فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلم ضحوا بالثنايا
الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن ولقوله عليه
السلم نعمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت
عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع
من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني
انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر
ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجواميس
لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها
هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد
واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر فقالت
الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة
نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجه الفرق
ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة
وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد
المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان
التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه السلم ضحى
عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني
ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة و
الاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز و
هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن
ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق
عن الميت لكنا نقول القربة تقع عن الميت كالتصدق بخلاف
الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في

الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها
الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة و
فيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال
: ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله
عليه السلم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها و
ادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا قال
: ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة
الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا
القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال : ويتصدق
بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع
والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس
بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك
مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع
به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم
والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في
الصحيح فلو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا
باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه
السلم من باع جلد اضحيته فلا اضحية له قال
ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلم لعلي رحمه الله
تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي
عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته
فينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها
بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان
يحلب لبنها فينتفع بها كما في الصوف قال : والاولى

ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه
فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان
يشهدها بنفسه لقوله عليه السلم لفاطمة رض قومي فاشهدي
اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال : ويكره
ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره
فذبح جاز لانه من اهل الذكوة والقربة اقيمت بانابته ونيته
بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا
قال : واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما
اضحية الاخر اجزى عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان و
اصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك
وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول
زفر رح وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا
وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة
اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها
للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره
ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون
اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام
وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد
القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها
بنفسه او يشهدها فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان
آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه
ولعلمائنا من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ
لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته
فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع

الماكول اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته
او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة
واماله الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فان قد
هو انما رضيه فطحنه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع
الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت
لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن
دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد
منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر رح
بعينها ويأتي فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل
واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما
فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما
صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان
غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل منهما
ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل
عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت
عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم
ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن
اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى
بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رح تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رح
نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم
يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه
الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل

في الاكل والشرب قال ابو حنيفة رح يكره لحوم الاتن
والبانها وابوال الابل قال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس بها
للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح
فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه قال
ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في انية الذهب
والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب
من اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي
ابو هريرة رح بشراب في اناء فضة فلم يقبله فقال نهانا عنه
رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا
في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين
وتنعم بنعم المترفين والمسرفين قال في الجامع الصغير
يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم
النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل
الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما
قال ولا باس باستعمال انية الرصاص والزجاج
والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في
معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما
كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال
ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب على
السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض
اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا
وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس
قال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول محمد رح

يروى مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف
الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما
واذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل
المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب
والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة
على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي
لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء
مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة
ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة
المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص

قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى
لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله
لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره
عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى
قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان
ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل
قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان
يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان
الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذلك لا يمكنهم
استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة
في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج قال
في الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك
هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق فيما اذا اخبرت
باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل في

المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل
ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين الناس
اجناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول
الواحد فيها سواء كان عدلا او فاسقا كافرا او مسلما عبدا
او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج واما الديانات فلا يكثر وقوعها
حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط
فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا
يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر
لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملات ولا يتهيأ له المعاملة
الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول
المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله فيها
جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو
والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال

ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان
عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات
ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء
حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر
فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم
ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة
يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري
فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم
لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط
يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه
زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية

المشهى قال: ومن دعى الى وليمة او طعام فوجد ثمة
لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال ابو حنيفة
رح ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال
عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها
لما اقترن به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة
وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر
وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم
يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية
على المسلمين والمحكى عن ابي حنيفة في الكتاب كان قبل ان يصير
مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن
مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم
الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر
لانه لا يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه
ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب
القضيب وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت لان الابتلاء بالمحرم
يكون

فصل في اللبس

قال ولا يحل للرجال
لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير
والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في
الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من
الصحابة رح منهم علي ان النبي عليه السلام خرج وباحدى
يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور
امتي حل لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو
مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما
روي ان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين

او ثلاثة او اربعة اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة
مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند
ابي حنيفة رح وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد رح وحده
ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ رح
وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات
ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال
عمر رض اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة
حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رض مرفقة حرير ولان
القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال
والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير و
الديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح
واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رح لانه لا فصل فيما
روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه
غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط
قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالخز
والقطن في الحرب وغيره لان الصحابة رح كانوا يلبسون الخز والخز
مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت
هي المعتبرة دون السدى قال ابو يوسف اكره ثوب القز
يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب
ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه
غير حرير فلا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها
والاعتبار للحمة على ما بيناه قال ولا يجوز للرجال التحلي
بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن
الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار و

في الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر و
الحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم
صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد
فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في
الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق
الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال
حرام لما روينا وعن علي رض ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التختم
بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم او النموذج
وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام
الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص
الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي
او السلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يتركه لعدم
الحاجة اليه قال: ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص
اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له ولا يشد
قال: الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة
محمد رح لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما لهما
ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن
فامره النبي عليه السلام ان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة ان الاصل
فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي
الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه
حيث انتن قال: ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب
والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس
كالخمر لما حرم شربها حرم سقيه قال: ويكره الخرقة التي
تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها
الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح و

انما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس ولا باس بان
يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم و
الرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك
اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عليه
السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح
وهو التذكر عند النسيان قال: في الوطي والنظر والمس
قال: ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها
لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس
رض ما ظهر منها قال علي وابن عباس رض ما ظهر منها الكحل والخاتم و
المراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة
مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع
الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر
الى قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن
ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة
قال: فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة
لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب
في عينيه الآنك يوم القيمة فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة
تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء
كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفها
وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف
النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امراة ليس
منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة
تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها
لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رض كان يدخل بعض
القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله

ابن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه
وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا
يأمن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة
اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال
ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة
عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء
حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة لكن ينبغي ان يقصد
به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز
وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح
انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء
ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس ان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها
لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولانه مقصوده
اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع
المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر
الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى
موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت
بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان و
كذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه
مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي
يوسف لانه امارة المرض وينظر الرجل الى الرجل الى جميع بدنه الا
ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته
وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة و
الشافعي رح والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ
عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر
عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل معتمدا فيه

العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن
بن علي رح سرته فقبلها ابو هريرة رح وقال عليه السلام لجرهد
اوفخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ و
الساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة
اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة
ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج
وما يباح النظر للرجل الى الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال
ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت
الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب
والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل
الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس
اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في
ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو
بهذه الصفة لم ينظر هذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان
الشهوة عليهن غالب وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل
كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان
الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد
والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب
واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل
ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في
نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن
وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف
نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف فلا

بالاعمال والاول اصح **قال**: وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها
عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا
عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح
فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة
صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع
ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر
وكان ابن عمر رح يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى
اللذة: وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر
والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن والمراد
والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك
الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف
الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة ولان البعض يدخل
على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب
مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا
الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها
لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد
بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء
كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بيناه **قال**:
ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في
المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا
يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها
او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان

٤٧١

تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة
الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنبا النظر ولا بأس بالخلوة والمسافرة
بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها
الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون
رجل بامرأة ليست منه بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا
لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها
من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امن
الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب
ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان
لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب
يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان **قال**: وينظر الرجل
من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج
لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها
خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارمها الاقارب
وكان عمر رح اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق
عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها و
ظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة
الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن
وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد
لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة رح على ما عرف واما
الخلوة بها والمسافرة فقد قيل تباح كما في المحارم وقد قيل لا تباح
لعدم الضرورة فيهن وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل
الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة **قال**:
ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر

في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا
رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح
المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة
الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت
الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر و
البطن منها عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها
فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال
والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رض الخصاء مثلة
فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق
وينزل وكذا المخنث في الردى من الافعال لانه فحل فاسق فالحاصل
انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى
بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما
يجوز للاجنبي النظر اليه منها قال مالك هو كالمحرم وهو
احد قولي الشافعي رح لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة
متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا
زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه
يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن و
غيرهما رح لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال
ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه
السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل
عنها ان شئت ولان الوطى حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد
ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطى فلهذا لا ينقص
حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره ه
فقد ذكرناه في النكاح فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا
يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله
عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا
الحيالى حتى يستبرأن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى
ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود
في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة
للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند
حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت
النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطى
والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة
امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطى والتمكن انما
يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان
السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب
الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك
وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن
لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب
وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب
عند توهم الشغل وكذا لا يجتزى بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا
بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض
ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان
السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزى
بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري
ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء
صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى

البائع لأن السبب قد تم الآن والحكم يضاف إلى تمام العلة ويجتزئ
بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد
الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو
استحداث الملك واليد إذ هو مقتضٍ للحل والحرمة لمانع كما في حالة
الحيض ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة وردت المغصوبة أو
المؤاجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد
وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها
في كفاية المنتهى وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواعي
لإفضائها إليه أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور
الحبل ودعوة البائع بخلاف الحيض حيث لا يحرم الدواعي فيها لأنه
لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولأنه زمان نفرة فالإطلاق في
الدواعي لا يفضي إلى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق
الرغبات فيفضي إليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد أنها
لا تحرم لأنها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لأنه لو ظهر بها حبل
لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بيناه والاستبراء في
الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الأشهر بالشهر لأنه أقيم
في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة وإذا حاضت في أثنائه بطل
الاستبراء بالأيام للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل
كما في العدة وإذا ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل
وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين
أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشر وعنه شهران وخمسة أيام
اعتبارا بعدة الحرة أو الأمة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو
رواية عن أبي حنيفة رح ولا بأس بالاحتيال لإسقاط الاستبراء
عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة و

المأخوذ قول أبي يوسف فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها
ذلك وقول محمد رح فيما إذا قربها والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة
أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن يزوجها
البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها أو
يقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لأن عند وجود السبب وهو
استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب
الاستبراء وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا
كانت معتدة الغير قال: ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل
ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكفر
حرم الدواعي للإفضاء إليه لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كما في
الاعتكاف والإحرام وفي المنكوحة إذا وطئت بشبهة بخلاف حالة
الحيض والصوم لأن الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا
وأكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها
لقصور مددها وقد صح أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع
نساءه وهن حيض قال: ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة
فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى
فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها و
أصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطئا لإطلاق
قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما
ملكت أيمانكم لأن الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي
لإطلاق النص ولأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما
مهدناه من قبل فإذا قبلهما فكأنه وطئهما ولو وطئهما ليس له أن
يجامع إحداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما فكذا إذا قبلهما وكذا
إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة إلا أن يملك فرج الأخرى

غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا
وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا
او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا
اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق
في الثبوت هنا حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها و
تدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله
او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا
لا يباح له وطي الاخرى الا ان يدخل بها الزوج فيه لانه يجب
العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له
وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي
الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرنا ه
بمنزلة الاختين ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا
منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد قال
ابو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما
ما روي انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة
وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف
في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا بأس
به بالاجماع وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة
لانه هو المتوارث قال عليه السلام من صافح اخاه المسلم
وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي رح
لا يجوز بيع السرقين لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة
قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع

فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع به مخلوطا
ويجوز بيع المخلوط وهو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز
الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت
خالطه النجاسة ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال
وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر
بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي
وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي
او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير
ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير
لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسع له
ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا
اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه
وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة
يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد
بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى
ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له
ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك
في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر
الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك
فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون
في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه
بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا
ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو
ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي
لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل ولو ان امرأة اخبرها ثقة

ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة
واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا
الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا باس بان تعتد
ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني
زوجي وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها وكذا اذا قالت
المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي
الزوج ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج
الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان
القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او
كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله
حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبر
مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج
باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد
مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت
المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر
الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد
فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم
يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت
جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت
لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها
لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال

واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب
الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق
ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في
حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع

وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع
فيحل الاخذ منه قال: ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين و
البهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي و
اما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله عليه السلم الجالب
مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع
عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم ويكره اذا كان يضر بهم
ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان
المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي
على هذا التفصيل لان النبي عليه السلم نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي
الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان
لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار
بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا
او فضة او ثوبا وعن محمد انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف
رح اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر
الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم
الضرر فاذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي
مقدرة باربعين يوما لقوله عليه السلم من احتكر طعاما اربعين ليلة
فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع
التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ
بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل
ان التجارة في الطعام غير محمودة قال: ومن احتكر غلة ضيعته
او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم
يتعلق به حق العامة الا يرى ان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع

وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة لأن حق العامة إنما يتعلق
بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها قال أبو يوسف
يكره لإطلاق ما روينا وقال محمد رح كل ما يجلب منه
إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه
لتعلق حق العامة به بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة
بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة قال
ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا
تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولأن
الثمن حق العاقد فإليه تقديره فلا ينبغي للإمام أن يتعرض
لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين وإذا رفع
إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته عياله
وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فإن
رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا
للضرر عن الناس فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون
عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق
المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي
والبصر فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك باع بأكثر منه
أجازه القاضي وهذا ظاهر عند أبي حنيفة رح لأنه لا يرى
الحجر على الحر وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن
باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع وهل يبيع
القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على اختلاف عرف
في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة رح
يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره
بيع السلاح في أيام الفتنة معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه
تسبيب إلى المعصية وقد بيناه في السير وإن كان لا يعرف أنه من أهل

الفتنة لأنه تسبيب إلى المعصية وقد بيناه في السير وإن كان
لا يعرفه أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لأنه يحتمل أن لا يستعمله
في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير
ممن يعلم أنه يتخذه خمرا لأن المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره
بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه قال
ومن أجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه
بالسواد فلا بأس به وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا ينبغي أن
يكريه لشيء من ذلك لأنه إعانة على المعصية وله أن الإجارة ترد
على منفعة البيت ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه
وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه
وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس و
إظهار بيع الخمور والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام
فيها بخلاف السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لأن غالب
أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فأعلام الإسلام فيها
ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الأصح قال ومن حمل
لذمي خمرا فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة وقال
أبو يوسف ومحمد رح يكره له ذلك لأنه إعانة على المعصية وقد
صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول إليه
وله أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب
من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون
بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة
ويكره بيع أرضها وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا بأس ببيع أرضها
أيضا وهو رواية عن أبي حنيفة رح لأنها مملوكة لهم لظهور
الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولأبي حنيفة قوله عليه

السلام مكة حرام لا يباع رباعها ولا يورث ولانها حرة محترمة
لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها
ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف
البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله
عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة
تسمى السوائب على عهد النبي عليه السلام من احتاج اليها سكنها
ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال
يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به
نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم
يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى
لو هلك لا شيء على الآخذ

مسائل متفرقة

ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رح جردوا
القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك
التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب
اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك
ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال
ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد
وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس
بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي
يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله
تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم
هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا
يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا احتج مالك والتعليل

بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه
السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقاده
فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء
او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره
استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا
الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بخصاء البهائم
وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد
صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما
لما ركبه فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي
والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان
النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان
يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان
هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود
وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى
بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه
ابو الليث لانه مأثور عن النبي صلى الله عليه وسلم روي انه كان في
دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من
كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامات ولكنا
نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول
في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على
الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة
عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل
قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل
الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله

وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله تعالى فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف رح ومحمد رح التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رح بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رض حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رض وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رض دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شرى ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر صار معينا للانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا رض الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن

اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل دفعا لبث
المال وقيل الاخذ هو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن
يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم
تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه
في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي
زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج
السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل
استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت
في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال
ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق
الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل
وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

الموات ما لا ينتفع به من الاراضي
لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع
الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان
منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك
بعينه وهو بعيد من القرية اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح
لا يسمع صوته فيه فهو موات قال رح هكذا ذكره
القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رح
انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق
بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا يكون
مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك
يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرط
ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفا

اهل القرية عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق
اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره
الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما
اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير
اذن الامام لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عليه
السلام من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه
فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس
للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رواه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب
شرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب
فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب
فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء
الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم
تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها
لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها
من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة
فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم
احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد
رح ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع
ابطال حقه ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب
الملك الا ان عند ابي حنيفة رح اذن الامام من شرطه فيستويان
منه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال
ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره
لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث
الخراج والعشر فاذا لم يحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان

التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير
للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه
لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط
ثلث سنين لقول عمر رض ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه
اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلث
سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك
واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة
فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء
منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد
ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى
الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش او
الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة
ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير
ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رح انه احياء ولو فعل احدهما
يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها
مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها
بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها
قال : ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى
لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليهما حقيقة
او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة
الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا
غنى بالمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا
قال : ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا
حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما

لان

لان حفر البئر احياء . قال : فان كانت للعطن فحريمها
اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون
ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه
من كل جانب لان في الارض رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها
وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي
حنيفة رح اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة
ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا
ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء
وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت
وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به
اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس
يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما
اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد
يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة
فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة
قال : وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا
ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع
يجري منه الى المزارع فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة
بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه في
العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير
في العين والبئر بما ذكرنا في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا
رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال
فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه و

الا الاخذ لا بد وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع
به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم
الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني
فيه قيل يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة
يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان
ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في
ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في
الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام
فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رح
انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان
لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد
فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى
فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها
وللثاني الحريم من الجوانب الثلثة دون جانب الاول لسبق
ملك الحافر الاول فيه قال والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد
رح انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده
لا حريم لها ما لم يظهر الماء لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الطاهر
قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر
حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا
حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الحريم له
يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث
قال وما ترك الفرات او دجلة وعدل عنه ويجوز عوده
اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز
ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك

احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام
قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم
عند ابي حنيفة رح الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا ابو يوسف
ومحمد رح له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه وقيل
هذه المسئلة بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام
لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحق لان النهر لا ينتفع به الا
بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر
والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له
الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البئر
عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان
الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء
ولا استقاء الا بالحريم فيتعذر الالحاق وجه البناء وهو ان باستحقاق
الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد و
بعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على
ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما ان
الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب
الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما
ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في
يده ما هو اشبه كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما
والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو
اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا
نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه فيما يصلح
للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع الماء عن
ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط

للرجل ولآخر عليه جدول لا يتمكن من نقضه وإن كان ملكه وفي
الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة
أرض تلزقها وليست المسناة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض
عند أبي حنيفة رح وقالا لصاحب النهر حريم يلقي طينه
وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد أحدهما معناه ليس لأحدهما
عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف
أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لأنه صاحب
يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف
أيضا وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الأرض عنده
وعندهما لصاحب النهر وأما إلقاء الطين فقد قيل إنه على الخلاف
وقيل إن لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش وأما المرور فقد قيل يمنع
صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وبه قال الفقيه أبو جعفر
آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في إلقاء الطين ثم عن أبي يوسف أن
حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رح مقدار
بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه وإن كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس
له أن يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم
أن المياه أنواع منها ماء البحار ولكل أحد من الناس فيها حق
الشفة وحق سقي الأراضي حتى أن من أراد أن يكري نهرا منها
إلى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس
والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء والثاني
ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه
حق الشفة على الإطلاق وحق سقي الأراضي فإن أحيى واحد
أرضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها إن كان لا يضر بالعامة

ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك لأنه مباح في الأصل إذ
قهر الماء يدفع قهر غيره وإن كان يضر بالعامة فليس له ذلك
لأن دفع الضرر عنهم واجب وذلك في أن يميل الماء إلى هذا الجانب
إذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والأراضي وعلى هذا نصب الرحى
عليه لأن شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث إذا دخل الماء
في المقاسم فحق الشفة ثابت والأصل فيه قوله عليه السلام الناس
شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار وأنه ينتظم الشرب
والشرب خص منه الأول وبقي الثاني وهو الشفة ولأن البئر و
نحوها ما وضع للإحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي إذا تكنس
في أرضه ولأن في إبقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لا يمكنه
استصحاب الماء إلى كل مكان وهو محتاج إليه لنفسه وظهره فلو
منع عنه أفضى إلى حرج عظيم وهو مدفوع فإن أراد الرجل أن
يسقي بذلك أرضا أحياها كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه أضر بهم
أو لم يضر لأنه حق خاص لهم ولا ضرورة ولأنه لو أبحنا ذلك
لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الأواني وإنه صار
مملوكا له بالإحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ إلا
أنه تثبت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل وهو ما روينا حتى لو
سرقه إنسان في موضع تعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع
يده ولو كان البئر أو العين أو النهر أو الحوض في ملك رجل له أن
يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماء آخر بقرب
من هذا الماء في غير ملك أحد وإن كان لا يجد يقال لصاحب النهر
إما أن تعطيه أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته وهذا
عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتفرها في أرض مملوكة
له أما إذا احتفرها في أرض موات فليس له أن يمنعه لأن الموات

كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة
ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره العطش له ان
يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء
في البير مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله
بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل
في البير ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح عصا لانه ارتكب
معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان ياتي على الماء
كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثير يقطع
الماء تثبيتها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها في كل وقت فصار
كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا
بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا
الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء
والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي
شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس
يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه
ونخيله وشجره من نهر هذا الرجل وبيره وقناته الا باذنه نصا
وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة
الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق
صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق
الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا باس به لانه
حقه ويجري فيه الاباحة كالماء المحرز في انائه

فصل

في كري الانهار الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد فلم يدخل
ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت
القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص

والفاصل

والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على
السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فيكون
مؤنته عليهم ويصرف اليه مؤنة الخراج والجزية دون العشور
والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن
في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة
العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال
عمر رض لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه
ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني
فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود
اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا
للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص
ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة
الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق
يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم
واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا
ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من
الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا
فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم
ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر
المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل دفع عنه و
هذا عند ابي حنيفة رح وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره
بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل
لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري
الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه نفع

غيره ولا على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على
سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه.
ثم انما يرفع عنهم اذا جاوزوا ارضه كما ذكرنا. وقيل اذا جاوز
فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رايا في
اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله. واذا جاوز الكري ارضه حتى
سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء
الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا
لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون
ولانهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف

فيه وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون
الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه
فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد
صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل
له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في
يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له وانه قد كان
له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته
بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على
سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره
في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان
الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها
فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار
الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب
حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين و
لكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر كل واحد منهم في

نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر
بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس
لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليها رحى الا برضا اصحابه
لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان
يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض
صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى
الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه
الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه
جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان
لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر
عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان
ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك
لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء
باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة
النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة
بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في
اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه
بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له
ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة
وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه
تغيير موضع القسمة ولو كانت وقعت بالكوى فاراد احدهم ان
يقسم بالايام فليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور
الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس
لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة

بخلاف ما اذا كان الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان
يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى
وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى
ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه
حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي
الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض
الاولى تنشف بعض الماء قبل ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق
مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن
هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين
في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء
عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا
اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت
الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان
ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة
الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه
بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية حيث لا يجوز العقود اما
للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى
من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا
لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب
رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح
عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في
دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع
الامام الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن
صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف

التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة
الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فصرف من الثمن
الى ثمن الارض الفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه
او مخرها ماء اي ملأها فسال من ارضه فاغرق ارض رجل او
نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد
فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال
الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف
بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء
المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا
اشتد وغلى اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع قال
في بيان ماهيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا
وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم
لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من
هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة
العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل
اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان
حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا
لمخامرته العقل على ان ما ذكر ثم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان
النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر
وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني
اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد
ثبوت هذا الاسم وهو الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح
وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت
به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة رح ان

الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه إذ به يتميز
الصافي عن الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد
وإكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد
الاشتداد احتياطا والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر
ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال إن السكر
منه حرام لأنه به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى
وهذا كفر لأنه جحود الكتاب فإنه سماه رجسا والرجس ما هو محرم
العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه
انعقد إجماع الأمة ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص
الخمر ولهذا يزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر
المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر
المسكرات والشافعي رح يعديه إليها وهذا بعيد لأنه خلاف
السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الأحكام لا
الأسماء والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل
القطعية على ما بيناه والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل
القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها
وغاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها
والتقوم يشعر بعزتها قال عليه السلام إن الذي حرم
شربها حرم بيعها وأكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والأصح
أنه مال لأن الطباع تميل إليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين
فأوفاه من ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن
بيع باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما
في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي يؤديه عن ثمن الخمر والمسلم الطالب
يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها
لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع

بها اقتراب والثامن أن يحد شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه
السلام من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه
فإن عاد فاقتلوه إلا أن حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا و
عليه انعقد الإجماع من الصحابة رض وتقديره ذكرناه في الحدود
والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها
بعد ثبوتها إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لأن الحد
بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز
تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى
هذا هو الكلام في الخمر وأما العصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من
ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب
نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا إذا غلا واشتد وقذف
بالزبد أو إذا اشتد على الاختلاف وقال الأوزاعي هو
إنه مباح وهو قول بعض المعتزلة لأنه مشروب طيب وليس بخمر
ولنا أنه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه
دفعا للفساد المتعلق به وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من
ماء التمر أي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله
إنه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن
علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا إجماع الصحابة رحمهم الله و
يدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء إذ كانت
الأشربة مباحة كلها وقيل أراد به التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون
منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وأما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء
الزبيب وهو حرام إذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي
وقد بينا المعنى من قبل إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة
الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لأن حرمتها اجتهادية

وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب
بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في
اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن
متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما
شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده
يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها على بوجه من الوجوه
لانها محرمة وعن ابي يوسف انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ
اكثر من النصف دون الثلثين قال : في الجامع الصغير
وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا هو الجواب
على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ
من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد
شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة
النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رح انه
حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه كما في سائر الاشربة
المحرمة قال فيه ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان
من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه
ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر
حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى
قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان
يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروي
عن ابن عباس رض وابو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي
ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان
شاء الله تعالى وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل
مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا قال : في المختصر و

نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد ادنى طبخة حلال وان اشتد
اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب و
هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي حرام و
الكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي نذكره ان شاء الله تعالى
: ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن
عمر رض شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد
فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من
الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب
وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر و
الزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة
وكان ذلك في الابتداء قال : ونبيذ العسل والتين و
نبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رح اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام
الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما
والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط
وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان
وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه
من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من
الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه
في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ
من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك
لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه والاصح انه يحل
لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا
تتعدى الى لبنه قال : وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب

ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا
قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن
محمد رح مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه
لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه
السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر
الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما
قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها و
يروى بعينها قليلها وكثيرها سواء والسكر من كل شراب خص
السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو
القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو
لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو
وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت
على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي
يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة
حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا
صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب
اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب
ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي
حنيفة رح وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو
الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر و
لو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى
يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب
لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع

بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع
الزبيب بادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا
يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من
مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة
الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه
ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان
الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس
بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام في حديث
فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف
لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما
اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان
كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند
محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا
ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف
يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم
بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت
خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال
الشافعي رح يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء
شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل
به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر
بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل
يزول الوصف المفسد ويثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء
وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح
اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه

لا راقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني
فيجتنبه من ابتلى به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من
الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا و
قيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته
فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما
قالوا **قال** ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به
لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي
به جرحا او دبر دابة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي
والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر
اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو
القي الدردي في الخل فلا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل
الخل اليه دون عكسه لما قلنا ولا يحد شاربه اي شارب الدردي
ان لم يسكر **وقال** الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا
من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة
عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا
بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء
بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع
بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في
مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه صار بالطبخ
ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه **فصل**
في طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد
يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي
بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ
الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي

ذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان نجعل كان
العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة واصل اخر ان العصير
اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع
ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما
صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء
والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان
معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب
الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا
صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة
دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول
يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى
يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا
حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب
الثلثان يحل لانه اثر النار واصل اخر ان العصير اذا طبخ فذهب
بعضه ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل
فيه ان تاخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه
على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب من الطبخ قبل ان ينصب منه شيء
فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى
ذهب رطل ثم اهريق ثلثة ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو
ثلثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون
عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل
ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان
وتسعان فعرفنا ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا رطل وعلى هذا
تخرج المسائل ولها طريق اخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية

الى يخرج عنها من السنابل

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل
مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه
السلام لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله
عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان
شارك كلبك كلب آخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم
تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع
اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف
وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة
ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني
في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح
المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع
وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك
الا ان تدرك ذكوته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من
الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين
فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رح
واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف
انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد
لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته
والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد
من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث
به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له

فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان
يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته
وهو مأثور عن ابن عباس رض ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب
وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو
مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه
اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك
مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا و
هذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان فيما دونه مزيد
الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل
على انه صار عادة له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار
وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان
الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير
وادناه هو الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل
لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلاث
لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سماع فيفوض
الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده
يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام
الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل و
صار كالتصرف من المباشر في سكوت المولى ولذا انه آية تعليمه عنده
فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن
اعلام فلا يتحقق بدون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال
واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله
فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رح
ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا
بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامر

ان التكبير فلا بد من التسمية عنده ولو ترك ناسيا حل ايضا
على ما بينا. وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد
من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو
الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة
اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح
ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل
فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ
باليقين وعن ابي يوسف رح انه لا يشترط رجوعا الى التأويل
الاول وجوابه ما قلنا قال: فان اكل منه الكلب او
الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه
في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي وهو
حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل منه
الكلب ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل
هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير
معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء. واما
الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه
لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت
الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا
لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان
الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد
فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف
غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا
من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من
الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان
ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول

المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل
القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل
صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل
من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه
ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح
لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم
قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق
صيدا فصار كما اذا القى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب
الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط
ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاة بخلاف
ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة
الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك
الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث
اكل من الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه
واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه
لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه
وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة
الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون
ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع البضعة
منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده
على الوجه الثاني فلا يدل على جهله وان ادرك المرسل الصيد
حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل و
كذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود
بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم

البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن
من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في
ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يحل وهو قول
الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم
يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت
يده على الذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره
لانه لا بد له من مدة والناس فيها متفاوتون على حسب تفاوتهم
في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف
ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا
يرى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع
وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه
ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل
عندنا خلافا للشافعي رح لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا
فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه واما اذا
شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي
اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما
ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضا لانه
وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية
على ما نذكر ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا ترك
التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رح وكذا المتردية
والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية
او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا
من غير فصل وعند ابي يوسف رح ان كان بحال لا يعيش مثله لا يحل
لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رح ان كان

يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه
الحيوة على ما قدمناه ولو ادركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو اخذه
يمكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه
ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان
ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة
وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فالذكاة
وقعت موقعها عند ابي حنيفة رح ذكوته الذبح على ما ذكرناه وقد
وجد عندهما لا يحتاج الى الذبح وان ارسل كلبه المعلم على صيد واخذ
غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال
مختص بالمشار ولنا انه شرط غير مفيد لان المقصود حصول
الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ
ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة
واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة
لان الذبح يقع بالارسال على ما بينا ولهذا يشترط التسمية
عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين
بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد
من تسمية اخرى حتى لو اضجع احداهما فوق الاخرى فذبحهما
بمرة واحدة تحل بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى
يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد
لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته
ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه
اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى
سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا
من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال
بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف

ما تقدم ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع
الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل وهذا إذا لم يمكث زمانا طويلا
للاستراحة وإنما مكث ساعة للتمكين لما بينا في الكلب ولو أن
بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله إنسان أو لا لا
يؤكل لوقوع الشك في الإرسال فلا تثبت الإباحة بدونه

قال: وإن خنقه الكلب ولم يجرحه لا يؤكل لأن الجرح
شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرنا وهذا يدلك على أنه لا يحل
بالكسر وعن أبي حنيفة رح أنه إذا كسر عضوا فقتله لا بأس
بأكله لأنه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الأول أن
المعتبر جرح ينتهض سببا لإنهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر
فأشبه التخنيق

قال: وإن شاركه كلب غير معلم أو كلب
مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا
في حديث عدي رح ولأنه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة
نصا أو احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات
بجرح الأول يكره أكله لوجود المشاركة في الأخذ وفقدها في
الجرح وهذا بخلاف ما إذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره
لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق
بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني
على الأول لكنه اشتد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه
وقتله لا بأس بأكله لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون
الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه
فلا يضاف الأخذ إلى التبع بخلاف ما إذا كان رده عليه لأنه
لم يصر تبعا فيضاف إليهما وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي
فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الإغراء بالصياح
عليه وبالانزجار إظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع

بما هو فوقه أو مثله كما هو في نسخ الآي والزجر دون الإرسال
لكونه بناء عليه ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل
لأن الزجر دون الإرسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فأولى
أن لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكوته كالمحرم والمرتد وتارك
التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وإن لم يرسله أحد فزجره
مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله لأن الزجر مثل الانفلات
لأنه إن كان دونه من حيث إنه بناء عليه فهو فوقه من حيث إنه
فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو أرسل المسلم كلبه على صيد
وسمى فأدركه فضربه فوقذه ثم ضربه فقتله أكل وكذلك إذا
أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لأن الامتناع عن
الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو أرسل رجلان
كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل لما بينا
والملك للأول لأن الأول أخرجه عن حد الصيد به إلا أن الإرسال
من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول

فصل

في الرمي ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو
بازيا عليه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب
أي صيد كان لأنه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف رح أنه خص
من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء
منه بخلاف السباع لأنه يؤثر في جلدها وزفر رح خص منها ما لا
يؤكل لحمه لأن الإرسال فيه ليس للإباحة ووجه الظاهر أن
اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل
مباح في نفسه وإباحة التناول ترجع إلى المحل فيثبت بقدر ما يقبله
لحما وجلدا وقد لا يثبت إذا لم يقبله وإذا وقع اصطيادا صار كأنه
رمى إلى صيد فأصاب غيره وإن تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل

المصاب لأن الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي
البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى إلى طائر
فأصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي
حل الصيد لأن الظاهر فيه التوحش ولو رمى إلى بعير فأصاب
صيدا ولا يدري ناد هو أم لا لا يحل الصيد لأن الأصل فيه
الاستئناس ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في
رواية عن أبي يوسف لأنه صيد وفي رواية أخرى عنه لا يحل لأنه
لا ذكاة فيهما ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو
صيد يحل لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه وإذا سمى الرجل عند الرمي
أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات لأنه ذابح بالرمي لكون السهم
آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع
من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال
وإن أدركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في
الفصل الأول فلا نعيده ثانيا قال: وإذا وقع السهم بالصيد
فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه أكل وإن قعد
عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال
عليه السلام لعل هوام الأرض قتلته ولأن احتمال الموت بسبب
آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما
روينا إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى
الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز
عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله
إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لا يحل ولو وجد
به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه

فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في إرسال الكلب في هذا
كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه. قال: وإذا رمى
صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى
الأرض لم يؤكل لأنه المتردية وهي حرام بالنص ولأنه احتمل الموت
بغير الرمي إذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله
عليه السلام لعدي رضي الله عنه وإن وقعت رميتك في الماء فلا
تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك وإن وقع على الأرض
ابتداء أكل لأنه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب
الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن الاحتراز عنه فصار
الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو
سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وإن كان مما لا يمكن التحرز
عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع فمما
يمكن التحرز عنه نجرى وجوده مجرى إذا وقع على شجر أو حائط أو
آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع
إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب
أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حدة هذه الأشياء
قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه
أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة
فاستقر عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء وذكر في المنتقى
لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر
وصححه الحاكم رح وحمل مطلق المروي في الأصل على غير حالة
الانشقاق وحمله شمس الأئمة السرخسي على ما إذا أصابه حد
الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصبه
من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا

اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يوكل كما اذا وقع في الماء. وما اصابه المعراض بعرضه لم يوكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل ولانه لا بد له من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه. قال: ولا يوكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تاويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك ولعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة فبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح فان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى

الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يويد بعض ما ذكرناه. قال: واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يوكل العضو. وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من سطح او جبل لا يحرم فيخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه

لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا
الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان ميتته
حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها
يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه
من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى
قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه
ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل كله لانه بمنزلة
سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي منه معلقا بجلده حل ما
سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني **قال**
ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة
على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني
او اليهودي لانه من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال
ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع
فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ **وقال**
عليه السلام الصيد لمن اخذه فان كان الاول اثخنه فرماه الثاني
فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة
للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت
الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت
مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم
منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح
كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان
وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه
الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان
كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية

الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا معتبر عنده وعند محمد رح
يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه
فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه
الصيد سواء ولا يحل **قال** والثاني ضامن لقيمته
للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه
ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم
الاتلاف **قال** رح تأويله اذا علم ان القتل حصل
بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني
بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد
قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كاملا كما اذا
قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري
قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم
يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما
الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما
نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون
هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا
بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا
يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال
يحل بذكاة الاختيار لولا الرمي الثاني فهذا بالرمي الثاني
افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه
مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب
في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا
رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني
محرم كذا هذا ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل من الحيوان

لإطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بمأكول اللحم قال
قائلهم صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدي الأبطال
ولأن صيده سبب لانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع
شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء
محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع
لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي أنه عليه السلام اشترى
من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد على ذلك
الإجماع ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في
طرف الوجوب وهي الكفالة قال: الرهن ينعقد
بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الإيجاب بمجرده
لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط
اللزوم على ما نبينه إن شاء الله تعالى وقال مالك يلزم
بنفس العقد لأنه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولأنه
عقد وثيقة فأشبه الكفالة ولنا ما تلونا والمصدر المقرون
بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر ولأنه عقد تبرع لما أن
الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه
فلا بد من إمضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه
بالتخلية في ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض
المبيع وعن أبي يوسف أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل لأنه قبض
موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لأنه ناقل
للضمان من البائع إلى المشتري وليس بموجب ابتداء والأول أصح
قال: وإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد
فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن

بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا أن
اللزوم بالقبض إذ المقصود لا يحصل قبله قال: وإذا
سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رح
أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام
لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال
ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه
لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لأن بعد الوثيقة يزداد
معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد إذ
الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه
السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله
عليه السلام إذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت
قيمة الرهن بعد ما هلك الرهن وإجماع الصحابة والتابعين
على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالأمانة
خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا
الاحتباس الكلي بأن يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف
ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لأن
الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت
رهينة قال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له
والأحكام الشرعية تتعلق على الألفاظ على وفق الأنباء ولأن
الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن يكون موصلا إليه وذلك
ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن
الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين
لحاجته أو لضجره وإذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد
تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا بخلاف حالة

القيام لأنه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا
وجه إلى استيفاء الباقي بدونه لأنه يفضي إلى الاستيفاء يقع
بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن
في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء
إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا ينوب عن قبض ضمان و
موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان
فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة فالحاصل أن عندنا حكم
الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه
وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على
الأصلين هذين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددها
في كفاية المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد
للانتفاع لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده
لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك أبوابها
في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى. ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون
لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال
رح ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأعيانها فإنه يصح
الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال إن الموجب الأصلي فيها هو القيمة
ورد العين مخلص على ما هو عليه أكثر المشايخ رح وهو دين ولهذا يصح
الكفالة به ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند
الهلاك بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض فيكون
رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا يبطل
الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال
وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين فإذا هلك في يد المرتهن
وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وإن كانت

٥-٢

قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة لأن المضمون بقدر ما يقع به
الاستيفاء وذلك بقدر الدين وإن كانت أقل سقط من الدين بقدره
ما يقع به الاستيفاء ويرجع المرتهن بالفضل لأن الاستيفاء بقدر
المالية قال زفر رح الرهن مضمون بالقيمة
حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن ألف وخمسمائة والدين ألف
يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رح قال
يترادان الفضل في الزيادة على الدين ولأن الزيادة على الدين
مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين
ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رح ولأن يد المرتهن
يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان إلا بقدر المستوفى كما في حقيقة
الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها
ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع
فإنه روي عنه رضي الله عنه والمرتهن أمين في الفضل قال
وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لأن حقه باق بعد
الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم
فإذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بينا على التفصيل فيما تقدم
وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن لأن قبض الرهن
قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه
يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل وإذا
أحضره أمر الراهن بتسليم الدين أولا ليتعين حقه كما تعين حق
الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع أولا ثم
يسلم الثمن وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد
فيه إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لأن الأماكن
كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما لا حمل له ولا مؤنة ولهذا لا

الرهن

يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان
له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا
نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى
مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن
العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر
فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه
لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه
ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن
رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام
المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد
فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل
الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض
الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا
بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة
على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى
يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار
كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله
وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع
الرهن على يد العدل وامره ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن
فطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع
على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد
من في عياله وغاب فطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول
اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين
لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك

اذا

٥٠٤

اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان
الذي اودعه العدل جحد الرهن قال هو مالي لم يرجع
المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد
توي المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك
المطالبة به قال: واذا كان في يده ليس عليه ان
يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان
يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن
حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل
له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى
مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار
مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء
بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم
يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه
الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده
سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن
ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس الا ان يأذن له
المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا
بتسليط من الراهن وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية
الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا
ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال: وللمرتهن ان
يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله
قال معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان
عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في
عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد
بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن

الرهن

ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة والأمانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه وإنما الإذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الأصابع كان رهنا بما فيه لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان إن لبسه لبسا معتادا ضمن وإن وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وإن لبس خاتما فوق خاتم إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن

فصل

وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه

سعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فإنه على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة لأنه أمانة في يده والرد لإعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فإن كلها تجب على المرتهن وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فأما الجعل إنما يلزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به لأن ولاية القاضي عامة وعن أبي حنيفة رح أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي وقال أبو يوسف رح يرجع في الوجهين وهي مسألة فرع الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رح يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما ما يبتنى على حكم الرهن فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص وبالنظر إلى المقصود منه

وهو الاستيفاء من الوجه الذي بينا، وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا
يفضي إليه إلا استحقاق الحبس، ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام
لأنه لا بد من المهايأة فيصير كما إذا قال رهنتك يوما ويوما لا،
ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز
فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم،
أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله، وههنا الحكم ثبوت اليد للاستيفاء
والمشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة، ولا يجوز من شريكه لأنه
لا يقبل حكمه على الوجه الأول، وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم
الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا، والشيوع
الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل، وعن أبي يوسف أنه لا يمنع
لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة، وجه الأول أن
الامتناع لعدم المحلية وما يرجع إليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية
في باب النكاح بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك، و
اعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه، ولا حاجة إلى
اعتباره في حالة البقاء، ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز
فسخ العقد في بعض الرهن. قال: ولا رهن ثمرة على رؤوس
النخيل دون النخيل، ولا زرع الأرض دون الأرض، ولا رهن النخيل
في الأرض دونها لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان
في معنى الشائع، وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع
أو النخيل دون الثمر لأن الاتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن
المرهون إذا كان متصلا بما ليس برهن لم يجز لأنه لا يمكن قبض
المرهون وحده، وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز
لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها بخلاف
ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبني فيصير راهنا

جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن، ولو رهن النخيل بمواضعها
جاز لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة، ولو كان فيه ثمر يدخل في
الرهن لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف
البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة إلى إدخاله من
غير ذكر، وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير
ذكر لأنه ليس بتابع بوجه ما، وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن
الأرض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر، ويدخل البناء والغرس
في رهن الأرض والدار والقرية لما ذكرنا، ولو رهن الدار بما فيها
جاز، ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده
بقي رهنا بحصته وإلا بطل كله لأن الرهن حصل كأنه ما ورد
إلا على الباقي، ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة،
وكذا متاعه في الوعاء المرهون، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل
عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لأنه شاغل لها بخلاف ما إذا رهن
الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما إذا دفعها إليه لأن الدابة
مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا في دار أو وعاء دون الدار
والوعاء، بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها
ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها
ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى
قالوا يدخل فيه من غير ذكر. قال: ولا يصح الرهن
بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة
لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت
ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه، وكذلك لا يصح
بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لأن الضمان ليس
بواجب فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن

وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها و
هو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب و
بدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان
متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا يجب
قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال
والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان
الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك
الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة و
التزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة
ولهذا يصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه
قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع
باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك
هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك
بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار
الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده
فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال
ويصح الرهن براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال
زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم
المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود قلنا ان المجانسة
ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون
على ما مر قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير
مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار
بالباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف و
راس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن

مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا
لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل
السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم
ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس
المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن
يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام
المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا
وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه
لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن
لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان
يحبسه حتى يستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري
يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر و
المكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق
الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين
ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه
لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء
الارش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون
على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون
على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة و
المغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون
ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر
الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن ان كان ذميا فالخمر
مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها
للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم

لانها مال في حقهم اما الميتة فليس بمال عندهم فلا يجوز رهنها
وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين قال :
ولو اشترى عبدا او ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر
العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه
بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم
ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار
ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون
وعن ابي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه ويجوز
للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع
وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة
الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة والوصي بمنزلة
الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر رح انه لا يجوز
ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق
على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير
من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا
مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا
دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمنه
للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه
لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان
الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع
المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة
وكذا وكيل البائع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث
وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او
عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل

منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما
في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي
من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم
يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا
يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه
الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذي
ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه
وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل
بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له
حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به
متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء
للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له
التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه
ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات
الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من
جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه
مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع في مال
الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن
وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه
بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على
الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب
حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار
كذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي
الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض

المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه
خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه
بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما
نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب
به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة
اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه
متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي
بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي
ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي
حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان
قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع
على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا
قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى
المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون قدر
القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين
من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة
رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم
اذا حل الاجل فان الجواب على التفصيل الذي فصلناه فلو انه غصبه
واستعمله لحاجة الصغير ليس بمتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ
مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي
بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما ان له
ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يقيمه للمرتهن يأخذه بدينه
ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو
عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين

يأخذه بدينه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا
ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل و
الموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت
بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر
بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة لانه عنده يصير
مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من
خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن
ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه
رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا
الجواب في الاتفاق الفصلين لان الاستيفاء عنده باعتبار
الوزن وعندهما باعتبار القيمة وفي مثل الدين في الاول و
زيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت
اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى
الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار
القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس
لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة
في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالرديء
جائز عندنا كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا
يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من
مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين
يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان
الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح
على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي
يوسف والفرق لمحمد رح انه قبض الزيوف ليستوفي من

عينها والزيادة لا تنفع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض
الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده
بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت
قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يجبر على الفكاك
لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه
بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر
فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او
خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان
وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة
الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا
صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع
فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وفي
طريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين
اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي
الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية
يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون
رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد
لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة
وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني
عشر عند ابي حنيفة يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة
للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله
مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة
تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع
امانة وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة

اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن
شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فيكون عنده
يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كانه
وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند
المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند
المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي قول محمد رح نوع
طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها
ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه
جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل الكفيل
وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي ولانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه
شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم
الوجوب واذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبر
ما فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل
معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن
للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس
وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه
زفر رح يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه
كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول
الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات
ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ
البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان
يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن

رهنا لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو المعتبر. قال ومن اشترى شيئا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة في ضده كفالة. وقال زفر رح لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف رح لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع والثاني أقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لأنه لما مده إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن.

فصل ومن رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين فصار كالمبيع في يد البائع فإن سمى لكل واحد من الأعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه فكذلك الجواب في رواية الأصل وفي الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمى له وجه الأول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع ووجه الثاني أنه لا حاجة إلى الاتحاد لأن أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ألا ترى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز. قال فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا لكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة رح. قال فإن تهايئا

فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر. قال والمضمون على كل واحد منهما حصته لأن عند الهلاك يصير كل واحد مستوفيا حصته إذ الاستيفاء مما يتجزى. قال فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته. قال وإذا رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع. فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على أنه رجل رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال إنه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه معا إذا جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لأنا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كلا منهما أثبت ببينته حبسا يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وإن كان قياسا لكن محمد رح أخذ به لقوته وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له. قال ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو

قول أبي حنيفة ومحمد رح وفي القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف
رح لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون لازماً به
حجة مقارناً بعقد الرهن وأنه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة
وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه وحكمه
في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع
في الدين والشيوع لا يضره وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح
امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت
في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لأنه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يدي العدل

قال: وإذا اتفقا على وضع الرهن على يدي العدل جاز
وقال مالك رح لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لأن يد العدل يد
المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض
ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ إذ العين أمانة وفي
حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل
منزلة الشخصين تحقيقاً لما قصداه من الرهن وإنما يرجع العدل
على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع
قال: وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه
لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به
استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك
في ضمان المرتهن لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة
ولو دفع العدل إلى الراهن أو إلى المرتهن ضمن لأنه مودع الراهن
في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنبي عن
الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي وإذا ضمن العدل قيمة
الرهن بعدما دفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع إليه أو هلك

في يده لأنه لا بد أن تجعل القيمة رهناً في يده لأنه يصير قاضياً مقتضياً
وبينهما تنافٍ لكن يتفقان على أن يأخذاها منه ويجعلاها رهناً
عنده أو عند غيره وإن تعذر اجتماعهما يدفع أحدهما إلى القاضي
ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن
العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون
إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في
ملك واحد وإن كان ضمن بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ
القيمة منه لأن العين لو كان قائماً في يده يأخذه إذا أدى
الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل و
المبدل. قال: وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل
أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لأنه
توكيل ببيع ماله، وإن شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن
يعزل الوكيل وإن عزله لم ينعزل لأنها لما شرطت في ضمن عقد
الرهن صار وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه ألا ترى أنه
لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ولأنه تعلق به حق المرتهن
وفي العزل إتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي
ولو وكله بالبيع مطلقاً حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه
عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لأنه لازم بأصله فكذا بوصفه لما ذكرنا
وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره و
إن مات الراهن لم ينعزل لأن الرهن لا يبطل بموته ولأنه لو بطل
إنما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم. قال: وللوكيل
أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر
منه وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته لأن العقد لا يبطل بموتهما
ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه وإن مات الوكيل انتقضت

الوكالة ولا بموته وارثه ولا وصيه مقامه لأن الوكالة لا يجري
فيها الإرث ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن أبي يوسف
رحمه الله أن وصي الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي
كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك وصي
المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا قلنا التوكيل
حق لازم لكن عليه والإرث يجري فيما له بخلاف المضاربة لأنها
حق المضارب وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضاء الراهن لأنه ملكه
وما رضي ببيعه وليس للراهن أن يبيعه إلا برضاء المرتهن لأن المرتهن
أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال
فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يديه الرهن أن يبيعه والراهن
غائب أجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل
يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى الوكيل أن يخاصم أجبر على
الخصومة للوجه الثاني أن فيه إتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع
لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه أما المدعي لا يقدر على
الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا
في عقد الرهن وإنما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الأول
وقيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثاني وهذا أصح وعن أبي يوسف رح
أن الجواب في الفصلين واحد ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع
الصغير وفي الأصل وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن
والثمن قائم مقامه فكان رهنا وإن لم يقبض بعد لقيامه مقام
ما كان مقبوضا وإذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن
في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك إذا قتل العبد الرهن
وغرم القاتل قيمته لأن المالك يستحقه من حيث المالية وإن كان
بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن

وكذلك

وكذلك لو قتله عبد فدفع به لأنه قائم مقام الأول لحما ودما
قال وإذا باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم
استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته
وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمنه غيره
وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكا أو
قائما ففي الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن لأنه
غاصب في حقه وإن شاء ضمن العدل لأنه متعد في حقه بالبيع و
التسليم فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأنه ملكه بأداء
الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه وإن ضمن العدل نفذ البيع
أيضا لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه وإذا ضمن
العدل فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل
من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع و
صح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وإن شاء رجع على المرتهن
بالثمن لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء
الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وإنما أداه إليه على حسبان
أنه ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن
يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن
بدينه وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري
فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله ثم للمشتري أن
يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا
من حقوقه حيث وجب بالبيع وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم
العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذي
أدخله في العهدة فيجب عليه تخليصه وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن
لأن المقبوض سلم له وإن شاء رجع على المرتهن لأنه إذا انتقض العقد

بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا
رجع عليه انتقض قبضه فعاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على
الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع العدل لانه
في البيع عامل على الراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي
الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط
في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض
الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا
رجوع كما في الوكالة المنفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع
الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي
بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن
فيكون البيع لحقه قال رح هكذا ذكر الكرخي وهذا
قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات
العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء
ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في
حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه
ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن
بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن
واما بالدين فلانه انتقض قضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل
لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك
في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك
نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن
ابي حازم القاضي رحمه الله والجواب انه يرجع عليه بسبب الغرور
والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه
وكيل منه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه

الاول لان المستحق بتضمينه اياه اعتمد القبض فيستند
الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في
كفاية المنتهى

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق
حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن
يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تتوقف على اجازة الورثة
فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان
التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز
ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف
من الاهل في المحل فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل
حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم
المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم
الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا و
ان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن
الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك
فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ
بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه و
حقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء
المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال
وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة
على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق
العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك
هنا ولو باع الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان

لحق المرتهن والثاني موقوف أيضا على إجازته لأن الأول لم ينفذ
والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز
الثاني ولو باع الراهن ثم آجر أو وهب من غيره وأجاز المرتهن
هذه العقود جاز البيع الأول والفرق وهو أن المرتهن ذو حظ من
البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته
به أما لا حق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي
في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا
في المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع
الأول فوضح الفرق قال فلو أعتق الراهن عبد الرهن
نفذ عتقه وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المعتق معسرا لأن
في تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبه البيع بخلاف ما إذا كان موسرا
حيث ينفذ على بعض أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف
إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها أما لا يقبل
الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب أعتق ملكه فلا يلغو تصرفه بعدم
إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض وأعتق الآبق
والمغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض
الرهن لا ينبئ عن زواله ثم إذا زال ملكه بإعتاقه يزول ملك المرتهن
في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى لأن ملك الرقبة
أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بطريق الأولى
وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم وإعتاق
الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند
أبي حنيفة رح وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك
إن كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين لأنه لو طولب
بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وإن كان

الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل
الدين لأن سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة وإذا حل الدين
اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل وإن كان معسرا سعى
العبد في قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه لأنه
لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع
بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان قال رح وتأويله
إذا كانت القيمة أقل من الدين أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء
الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو
مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى
في الإعتاق لأنه يؤدي ضمانا عليه لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق
عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه
فصار كمعير الرهن ثم أبو حنيفة رح أوجب السعاية في المستسعى المشترك
في حالتي اليسار والإعسار وفي العبد المرهون شرط الإعسار لأن
الثابت للمرتهن حق الملك ولأنه أدنى من حقيقته الثابت للشريك
الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة إظهارا لنقصان رتبته
بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع
إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لأن حق البائع في الحبس أضعف
لأن البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه ولذلك يبطل حقه
في الحبس بالإعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه
بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما
لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال
له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا
خلافا لزفر هو يعتبره بإقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق
الحق في حال تملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق

لأنه حال انقطاع الولاية. قال: ولو دبّر الراهن صح تدبيره
بالاتفاق عندنا ظاهر، وكذا عنده لأن التدبير لا يمنع البيع على
أصله. ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق
لأنه يصح بأدنى الحقين وهو ما للأب في جارية الابن فيصح بالأعلى
وإذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية إذ لا يصح استيفاء الدين
منهما، فإن كان الراهن موسرًا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي
ذكرناه في الإعتاق، وإن كان معسرًا استسعى المرتهن المدبر وأم
الولد في جميع الدين لأن كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث
يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لأن كسبه حقه والمحتبس عنده
ليس إلا قدر القيمة فلا تزاد عليه، وحق المرتهن بقدر الدين فلهذا يلزمه
الزيادة، ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لأنهما
أدياه من مال المولى، والمعتق يرجع لأنه أدى ملكه عنه وهو مضطر
على ما مر، وقيل إذا كان الدين مؤجلًا يسعى المعتق في قيمته قائمًا لأنه
عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما إذا
كان حالًا لأنه يقضي به الدين. فلو أعتق الراهن المدبر وقد
قضي عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة لأن كسبه
بعد العتق ملكه، وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لأنه أداه
من مال المولى. قال: وكذا لو استهلك الراهن الرهن
لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف، والضمان رهن في يد المرتهن
لقيامه مقام العين، فإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في
تضمينه فيأخذ القيمة فيكون رهنًا في يده لأنه أحق بعين الرهن
حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه، والواجب على هذا
المستهلك قيمته يوم هلك، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة
ويوم رهن ألفًا غرم خمسمائة وكانت رهنًا وسقط من الدين خمسمائة

فضمان

فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة، والمعتبر في
ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لأن القبض السابق
مضمون عليه لأنه قبض استيفاء إلا أنه يتقرر عند الهلاك. ولو
استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لأنه أتلف ملك الغير
وكانت رهنًا في يده حتى يحل لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه
وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه
لأنه جنس حقه، ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن لأنه بدل
ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن، وإن نقص عن الدين بتراجع السعر
إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفًا وجب بالاستهلاك
خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لأن ما انتقص كالهالك و
سقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض
السابق لا بتراجع السعر، ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو
قيمته يوم أتلف. وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه
أو ليعمل له عملًا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد
العارية وبين يد الرهن، فإن هلك في يد الراهن هلك بغير
شيء لفوات القبض المضمون، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده لأن
عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال، ألا يرى أنه لو هلك
الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر
الغرماء، وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة، والضمان ليس من
لوازم الرهن بكل حال، ألا يرى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن
وإن لم يكن مضمونًا بالهلاك، وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد
الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته. وكذلك لو
أعاره أحدهما أجنبيًا بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا، ولكل
واحد منهما أن يرده رهنًا كما كان لأن لكل واحد حقًا محترمًا فيه

وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبي اذا باشرها احدهما
باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا. ولو مات
الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء. لانه تعلق
بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما
بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا. واذا استعار المرتهن
الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على
ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذلك اذا هلك بعد الفراغ من
العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير
ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال لما بيناه. ومن استعار من
غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه
متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين و
اليد وهو قضاء الدين ويجوز ان يكون ينفصل ملك اليد عن ملك
العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البايع والاطلاق
واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي
الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه
ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه
الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان
يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك
التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض
بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا
خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن
فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن
ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين
على الراهن وقد بينا في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما

امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل
المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب
على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب
للرجوع دون القبض بنفسه لانه برضاه. وكذلك ان اصابه عيب
ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لما
بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى
الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة
على قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن
للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه و
لهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف
الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه
ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب
العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعدما افتكه فلا ضمان
عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه. ولو
اختلفا في ذلك فالقول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بدعوى
الهلاك في هاتين الحالتين ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به
فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه
ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك
في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود
المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لانه
سلم له مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته منه ببراءة ذمته
عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز عتقه لقيام ملك الرقبة
ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوف وان شاء
ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق

فتكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان
استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعارها عبدا او دابة
ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما
بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن
فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فانه
كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن
ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من
غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة
المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق
فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد
من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصوده من
وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء، قال
وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم
وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق
حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء
الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته
ليشتري بها عبد يقوم مقامه قال وجناية المرتهن
عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة
الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن
فيضمنه للمالك وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر
وهذا عند ابي حنيفة رح قال ابو يوسف ومحمد رح
جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال
اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا يرى انه لو مات
كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك

عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه
فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية
حصلت على غير المالك وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه
بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه
بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو
رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه
التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب
الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا
يعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في
اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة
اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان
الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع
وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار
كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن
لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي،
قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى
اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم
قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن
حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر
لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية
قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة
عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار
ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات
جزء منه يتقرر الاستيفاء منه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط

شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فإذا قتله
حر غرم قيمته مائة لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان
الإتلاف لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لأنه بدل المالية
في حق المستحق وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على
دية الحر لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق
بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لأن
يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت
في الابتداء ألفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء أو نقول لا يمكن
أن يجعل مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فإذا هلك يصير
مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما إذا مات من غير فعل أحد
لأنه يصير مستوفيا الكل بالعبد لأنه لا يؤدي إلى الربا قال
وإذا أمر الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من
حقه يرجع بتسعمائة لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن
استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين
إلا بقدر ما استوفى كذلك ههنا قال وإن قتله عبد
قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند أبي حنيفة
رح وأبي يوسف قال محمد هو بالخيار إن شاء افتكه
بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله وقال
زفر رح يصير رهنا بمائة له أن يد الرهن يد استيفاء وقد
تقرر بالهلاك إلا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره
ولأصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحما ودما
ولو كان الأول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا
لما ذكرنا فكذلك إذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار أن
المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل

العبد

القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب
منه كذا ههنا ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني
مقام الأول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن أمانة عنده
فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي
وإنه منسوخ بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع
وبخلاف الغصب لأنه يملكه بأداء الضمان مشروع ولو كان العبد
تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة
فدفع به فهو على هذا الخلاف وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ
فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع لأنه لا يملك التمليك ولو
فدى يطهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء
من الفداء لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه إصلاحها ولو أبى
المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية لأن
الملك في الرقبة قائم له وإنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه فإذا
امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين
الدفع والفداء فإن اختار الدفع سقط الدين لأنه استحق لمعنى في
ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك إن فدى لأن العبد كالحاصل
له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن إذا
قتل إنسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء
في الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن فإن دفع خرج من الرهن
ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وإن فدى فهو رهن
مع أمه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته
فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في
الفداء وإن أبى قيل للراهن بعه في الدين إلا أن يختار أن يؤدي
عنه فإن أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وإن لم يؤد وبيع

العبد فيه باخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين
المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء من دين
غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين
المرتهن لان رقبته استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك
وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما
فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد
حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل فان كان
ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد
حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك متعلق برقبته وقد
استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعد لا يرجع على
احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن
بالف وقد جنى العبد فيما لهما افدياه لان النصف منه مضمون
والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على
الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع
لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضاء به فان
تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن
فليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن
ابطال حق المرتهن وكذا في جنايته ولهذا الراهن اذا قال المرتهن انا
افدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمون
فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان
له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا
فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة
حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما
التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رح

انه لا يرجع

انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى
المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف
الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل
الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين
او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء
وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن
وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه
او في بعضه فيبقى العبد رهنا بما بقي فلو كان المرتهن فداه والراهن
حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي
حنيفة رح **قال** ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر رح
المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه
الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه
المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر
مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا
باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا **قال** واذا مات
الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه
ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا
الوصي فان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان
القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم و
النظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ما له من غيره
وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه
لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه
الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال
المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا

بالايفاء الحقيقي وهو بيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده
واذا ارتهن الوصي بدين على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه
قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها
في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

ومن رهن
عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن
بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية
فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من
اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع
لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة
بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم
لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره
بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث
لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود
اما الرهن يتقرر بالهلاك لما بينا ومن مشايخنا من يمنع مسئلة
البيع ونقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد و
الثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع
الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك هلك
بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم يدخل
تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي
النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم
القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض
والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله
شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من
الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن

لما ذكر

لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها
في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة
وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو
لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لان الاباحة
يصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح
مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك وان لم
يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن
الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب
اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل
المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه
فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك
ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي
يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة في
الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رح ولا يصير الرهن
رهنا به وقال ابو يوسف يجوز الزيادة في الدين ايضا
وقال زفر والشافعي لا يجوز فيهما والخلاف معهما في
الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في
البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن
كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في
البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان و
لهما وهو القياس ان الزيادة في الدين يوجب الشيوع في الرهن
وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن يوجب الشيوع في
الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا يرى انه لو رهن عبدا بخمسماية
من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد

عين ممكن في طرفي الدين لأنه عين معقود عليه ولا معقود به بل وجوده
سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق بأصل العقد
في بدل العقد بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا
صحت الزيادة في الرهن وتسمى زيادة هذه قصدية يقسم الدين
على قيمة الأول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى
لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الأول يوم
القبض ألفا والدين ألف يقسم الدين أثلاثا في الزيادة ثلث
الدين وفي الأصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار
وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل
واحد منهما وقت القبض وإذا ولدت المرهونة ولدا ثم إن الراهن
زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد
خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لأنه جعله زيادة
مع الولد دون الأم ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على
قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب
الأم قسم عليها وعلى ولدها لأن الزيادة دخلت على الأم قال
فإن رهن عبدا يساوي ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته
ألف مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن
في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول لأن الأول إنما دخل في
ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا
بنقض القبض ما دام الدين باقيا وإذا بقي الأول في ضمانه لا
يدخل الثاني في ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا
بدخولهما فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط
تجديد القبض لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن
يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى

زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها فإن
الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا
يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض
الأمانة ينوب عن قبض الهبة ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين
أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء استحسانا
خلافا لزفر لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود
كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء والهبة ولا جهته لسقوطه
إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير به غاصبا إذ لم يبق له ولاية المنع
وكذا إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته
أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها
ثم هلك الرهن في يدها تهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا
لسقوط الدين كما في الإبراء ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء
الراهن أو بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين
ويجب عليه رد ما استوفى إلى من استوفى منه وهو من عليه أو
المتطوع بخلاف الإبراء ووجه الفرق أن بالإبراء يسقط الدين
أصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب إلا أنه يتعذر
الاستيفاء لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فأما هو في
نفسه فقائم فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء
الثاني وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين لأنه
استيفاء وكذا إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك
الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لأنه في معنى البراءة بطريق
الأداء لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه
أو ما يرجع عليه إن لم يكن للمحيل على المحال عليه دين لأنه بمنزلة

الوكيل وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك
بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة
باقية بخلاف الإبراء

كتاب الجنايات

القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى
الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الأحكام قال
فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدد
من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لأن العمد
هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة
فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى
ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد
من السنة وعليه انعقد إجماع الأمة قال والقود
لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى إلا أنه تقيد بوصف
العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه ولأن الجناية بها
تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا تشرع لها
دون ذلك قال إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا لأن
الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي أخذ الدية إلا برضا القاتل
وهو أحد قولي الشافعي إلا أن له حق العدول إلى المال من غير
مرضاة القاتل لأنه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه
وفي قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره لأن حق العبد
شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب
وروينا من السنة ولأن المال لا يصلح موجبا لعدم التماثل والقصاص
يصلح للتماثل وفيه مصلحة الأحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ
وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ولا يتيقن بعدم قصد

الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا
وعند الشافعي تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليها
في الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة
معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولأن الكفارة من المقادير وتعينها
في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى ومن حكمه حرمان الميراث
لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد
عند أبي حنيفة رح أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجري مجرى
السلاح وقال أبو يوسف ومحمد رح وهو قول الشافعي
رح إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن
يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال
آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب
ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لا يقصد
به إلا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام
ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل
ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها
على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية
نظرا إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة
وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب
والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والأصل أن
كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة
اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رح وتجب مغلظة
وسنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى ويتعلق به
حرمان الميراث ومالك رح وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه
ما أسلفناه قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي

شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم و
خطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك
الكفارة والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة
الى اهله وهي على العاقلة في ثلاث سنين لما بينا ولا اثم فيه
يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن
الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي
اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث
لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به قال وما اجرى
مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في
الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه و
موجبه اذا تلف به آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو
متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق
به حرمان الميراث وقال الشافعي رح يلحق بالخطأ في
احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة
والحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان
يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة
ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه العمد في النفس
هو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما
دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

باب

ما يوجب القصاص وما لا يوجبه قال القصاص واجب بقتل
كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بينا
واما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة
قال ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد للعمومات قال
الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد

بالعبد

بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان
مبنى القصاص على المساواة وهو منتفية بين المالك والمملوك
ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما
يستويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان
ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار
ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء
شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال
والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن
بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث
الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي ولان
المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر
المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد
بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة
ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره
باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن
لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا
لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى
والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار
التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني
قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده
وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا
ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز
له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن

والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه الوارث والجد من قبل الرجال
والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من
قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد
لعدم المسقط ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد
ولده لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا
لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزى قال
ومن ورث قصاصا على أبيه سقط لحرمة الأبوة ولا يستوفى القصاص
إلا بالسيف وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل
إن كان فعلا مشروعا فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص
على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به
السلاح ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود
بمثل ما فعل فيحز فيجب الحذر عنه كما في الكسر العظام قال
وإذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء
فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح
لا أرى في هذا قصاصا لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء
إن مات حرا والملك إن مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني
هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له
وطؤها لاختلاف السبب كذا هنا ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين
على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي
إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة
لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث
غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له
الحق لأنه المولى إن مات عبدا والوارث إن مات حرا إذ ظهر الاختلاف

بين

بين الصحابة في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لأن
المولى متعين فيهما وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص
للمولى في قولهم جميعا لأنه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة
بخلاف معتق البعض إذا قتل ولم يترك وفاء لأن العتق في البعض
لا ينفسخ بالعجز وإذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع
الراهن والمرتهن لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو
تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق
المرتهن برضاه قال وإذا قتل ولي المعتوه فلأبيه
أن يقتل لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي
الصدور فيليه كالإنكاح وله أن يصالح لأنه أنظر في حق المعتوه
وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمدا
لما ذكرنا والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل لأنه
ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق
الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلا
القتل وفي كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في
النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور
هنا أن المقصود من الصلح المال وإنه يجب بعقده كما يجب بعقد
الأب بخلاف القصاص لأن المقصود التشفي وهو مختص بالأب
ولا يملك العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال فهذا أولى
قالوا القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في
النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لأن
الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت وقاية للأنفس
كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي

بمنزلة المعتوه هنا والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح لأنه
إن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه
(قال) ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل
عند أبي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لأن
القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي
وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا
كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين وله
أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال
العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية
الإنكاح بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت و
مسئلة المولين ممنوعة (قال) ومن ضرب رجلا بمر
فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به وإن أصابه بالعود فعليه الدية
(قال) رح وهذا إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح
فكمل السبب وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن
أبي حنيفة رح اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه إنما يجب إذا
جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب
بسنجات الميزان وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية لوجود قتل
النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو
بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتله بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة
على ما نبينه وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رح
وهي مسئلة الموالاة له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات
دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا ألا إن قتيل خطأ
العمد ويروى شبه العمد الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن

الموالات قد يستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات
فيعرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود
فوجب الدية (قال) ومن غرق صبيا أو بالغا في البحر
فلا قصاص عند أبي حنيفة رح وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي
رح غير أن عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم
قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها
أمارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام ألا إن قتيل
خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ أرش ولأن
الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة
عدم العمدية ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص
أثره ومنه المقصة للجلمين ولا مماثلة بين الجرح والدق لقصور
الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل
بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع أو هو محمول
على السياسة وقد أومأ إليه إضافته إلى نفسه وإذا امتنع القصاص
وجبت الدية فهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين
في الكفارة (قال) ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب
فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل
حكمه في الظاهر فأضيف إليه (قال) وإذا التقى الصفان
من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود
عليه وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه و
الخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما
نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي
حذيفة رح قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا إنما
تجب الدية إذا كانوا مختلطين فإن كان في صف المشركين لا تجب

لسقوط عصمته بتكثير سوادهم **قال** عليه السلام من كثر سواد
قوم فهو منهم **قال** ومن شجّ نفسه وشجّه رجل وعقره
اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية
لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا و
الآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم
عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند
ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي الشرح السير الكبير ذكر ان في
الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما ذكرناه في كتاب التجنيس
والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر
في الدنيا والآخرة فصارت ثلثة اجناس فكان النفس تلفت
بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث
الدية

فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان
يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه
ولانه باغ فيسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن
نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رح في الجامع الصغير
فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب
دفع الضرر في نسخة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا
ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق
في غير مصر فقتله المشهود عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا
لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان
كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في
النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه
هدرا قالوا فان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح
عندهما **قال** وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله

المشهود

المشهود عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رح لا شيء
عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه يجب
الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي انه قتله
دافعا عن نفسه بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله
بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا
حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو
حققا يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة
لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه
قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة
لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كان عصمتهما حقهما لعدم اختيار
صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف البالغ
لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع
الشر فيجب الدية **قال** ومن شهر على غيره سلاحا في
المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه
فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته
قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه و
قتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح
القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل
المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت
يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح
قصاص وهو ينبئ عن المماثلة وكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص
وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا يعتبر بصغر اليد

وكبرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنه وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ولو قلع من أصله تقلع الثانية فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة فلم يبق إلا العمد والخطأ. ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافاً للشافعي في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله وبخلاف الأنفس لأن المتلف إزهاق

الروح

الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي في الأرش بينهما قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه إذ الأول كسر العظم ولا ضابط في الثاني وكذا البرء نادر فيفضي الثاني إلى الهلاك ظاهراً قال وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الأرش كاملاً لأن استيفاء الحق كاملاً متعذر فله أن يتجوز بدون حقه وله أن يعدل إلى العوض كالمثلي إذا انصرم عن أيدي الناس بعد الإتلاف ثم إذا استوفاها ناقصاً فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلماً فلا شيء له عندنا لأن حقه متعين في القصاص وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش لأنه أوفى به حقاً مستحقاً فصارت سالمة له معنى قال ومن شج رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء وإن شاء أخذ الأرش لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير أيضاً لأنه يتعذر الاستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقه وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة ولنا أنه ينقبض وينبسط

فلا يمكن اعتبار المساواة إلا أن يقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كلها أو بعضها لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها

فصل

وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره وإن لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد والأصل في أمثاله الحلول كالمهر والثمن بخلاف الدية لأنه ما وجب بالعقد

قال: وإن كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما وإذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم ولأنه حق يجري فيه الإرث حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وبين ابن الابن

فيثبت

فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الإرث أو يثبت الإرث مستندا إلى سببه وهو الجرح وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لأنه لا يتجزى بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لأنه امتنع لمعنى راجع إلى القاتل وليس للعافي شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين فيما إذا كان بين شريكين وعفا أحدهما لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لأنه عمد

قال: وإذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الإحياء وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين

وقال الشافعي يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسم الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الأول إلا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب

القصاص ولأنه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف
إلى كل واحد منهم إذ هو لا يتجزى ولأن القصاص شرع مع المنافي
لتحقيق الإحياء، وقد حصل بقتله فاكتفى به. قال: ومن وجب
عليه القصاص إذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فأشبه
موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي رح إذ الواجب أحد
عنده. قال: وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص
على واحد منهما وعليهما نصف الدية. وقال الشافعي
رح تقطع يداهما والمفروض إذا أخذا سكينا وأمراه على يده حتى انقطعت
له الاعتبار بالأنفس والأيدي تابعة لها فأخذت حكمها أو تجمع
بينهما بجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن
الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف إلى كل واحد البعض
فلا مماثلة بخلاف النفس لأن الانزهاق لا يتجزى ولأن القتل بطريق
الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في
حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث. قال:
وعليهما نصف الدية لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها. قال: وإن
قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه
نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب
وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالأول وفي
القران يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها
للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين
فيرجح بالقرعة ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي
لا يظهر إلا في حق الاستيفاء، أما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني

بخلاف

بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل فصار كما إذا قطع العبد يمينهما على
التعاقب تستحق رقبته لهما وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر
عليه نصف الدية لأن الحاضر يستوفي لثبوت حقه وتردد حق
الغائب وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء، فتعين حق الآخر في الدية
لأنه أوفى به حقا مستحقا. قال: وإذا أقر العبد بقتل
العمد لزمه القود. وقال زفر رح لا يصح إقراره لأنه يلاقي
حق المولى بالإبطال فصار كما إذا أقر بالمال ولنا أنه غير
متهم فيه لأنه مضر به فيقبل ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق
الدم عملا بالآدمية حتى لا يجوز إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص
وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به. ومن رمى رجلا عمدا
فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول والدية
للثاني على عاقلته لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ، كأنه
رمى إلى صيد فأصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الأثر.

فصل

ومن قطع يد رجل خطأ، ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده
عمدا ثم قتله خطأ، أو قطع يده خطأ، فبرأت يده ثم قتله خطأ،
أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا
والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميما للأول لأن
القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها
بعض الحرج إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد
تعذر الجمع في هذه الفصول في الأوليين لاختلاف الحكم في الفعلين
وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد
تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفي بدية
واحدة. وإن كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده
قال: فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه وإن شاء

القتلين وهذا قول أبي حنيفة وقالا يقتل ولا يقطع يده لأن الجمع
ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر
إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد
المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع
وهو متعذر وإما لأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو
صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف
ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد وبخلاف ما إذا كانا
خطأين لأن الموجب الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار
المساواة ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك
بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة
واحدة ولا يجتمعان أما القتل والقطع قصاصا فيجتمعان قال
ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة
ففيه دية واحدة لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرش وإن
بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل
جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة وعن أبي يوسف
في مثله حكومة عدل وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب وإن ضرب رجلا
مائة سوط وجرحته وبقي لها أثر تجب حكومة العدل لبقاء الأثر
والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس قال ومن قطع
يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع
الدية في ماله وإن عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية
ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم إن كان خطأ فهو من الثلث
وإن كان عمدا فهو من جميع المال وهذا قول أبي حنيفة وقالا إذا
عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا وعلى هذا الخلاف إذا عفا
عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو

عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل إذا سرى فكان العفو
عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان ولأن اسم القطع يتناول الساري
والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن موجبيه وصار كما إذا
عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا
وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة
والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل و
بالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان
ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا
أن في الاستحسان تجب الدية لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي
دارئة للقود ولا نسلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفة
له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه
قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم
جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في
العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه
مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا إذن بذلك إطلاقه
لأنه إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمدا فهو من جميع المال
لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال
فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه أما الخطأ فموجبه المال وحق
الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال وإذا قطعت
المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى
عاقلتها الدية إن كان خطأ وإن كان عمدا ففي مالها وعند أبي
حنيفة رحمه الله لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث عنه و
التزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع إذا
كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال

فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها
الدية في مالها لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو على ما نبين
إن شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة
وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية
في مالها لأنه عمد والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه وإذا
وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إذا كانا على السواء
فإن كان في الدية فضل ترده على الورثة وإن كان في المهر فضل ترده
الورثة عليها وإن كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش
اليد وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم
فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا
يتقاصان لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها
قال: ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو
على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لأن
هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على
ما بيناه وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء له عليها
لأنه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط
أصلا كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فإنه يسقط
أصلا، وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما
ترك وصية لأن هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا إلا أنه
يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت و
التزوج من الحوائج الأصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل
لأنه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لأنهم يتحملون
عنها فمن المحال أن يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة
وصية لهم لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فإن كان تخرج

من الثلث تسقط وإن لم تخرج من الثلث يسقط ثلثه وقالا كذلك
الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث
منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال: ومن
قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه لأنه
تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء
القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود إذا استوفى طرف من عليه
وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص لأنه لما أقدم على القطع
فقد أبرأه عما وراءه، ونحن نقول إنما أقدم على القطع ظنا منه
أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه
بدون العلم به قال: ومن قتل وليه عمدا فقطع يد
قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد
دية اليد عند أبي حنيفة وقالا لا شيء عليه لأنه استوفى حقه فيضمنه
وهذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائه ولهذا لو لم يعف لا
يضمنه وهذا لأنه وكذا إذا سرى وما برأ أو ما عفا وما سرى
أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما إذا كان له قصاص
في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الأصابع وله أنه استوفى
غير حقه لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبانة وكان القياس أن
يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعا وإذا
سقط وجب المال وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا
بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري
لا يظهر إلا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه
فأما قبل ذلك فلا يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما إذا سرى لأنه
استيفاء فأما إذا لم يعف وما سرى قلنا إنما يتبين كونه قطعا بغير
حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على الخلاف وإذا قطع

ثم جز رقبته قبل البرء فهو استيفاء، ولو جز بعد البرء فهو على هذا الخلاف
هو الصحيح، والاصابع وان كانت تابعة ما بقيا ما بالكف والكف تابعة لها
غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه ومن له القصاص
في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس
عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا
يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز
عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور
بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا
ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا قتلا ولانه يجرح يفضي الى فوات الحيوة
في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة
فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها
بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيرها والواجبات
لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام
ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه
الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل
ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان
خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما في
الخلاف ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض
نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا
لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت
فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة
دون الوراثة الا يرى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف
الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة و

فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء
لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان
كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط
القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال و
لا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن
الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو
على هذا لما بينا وان كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر
انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران
بشهادتهما الى نفسهما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل
فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما
فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود
عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما
وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل والمشهود عليه ايضا
وهذا لانهما اقرا على نفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب
نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان
دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود
عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده
غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك ولكنه في
ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان
ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل
للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه
الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط
بدعواهما العفو على الغائب وانقلب نصيبه مالا والغائب لما صدق
الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما

بما أقر به القاتل له فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر لرجل بألف درهم فقال المقر له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصارت الألف لفلان كذا هذا

قال: وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمدا لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات ومعناه إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح

قال: وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام أو في البلدان أو في الذي كان به القتل فهو باطل لأن القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه عمد ويختلف حكمهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا إذا قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لا أدري بأي شيء قتله فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد

قال: وإن شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه أو لو كذبهم في نفي العلم ظاهرا وردا باطلاقه في إصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة

قال: وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما جميعا وإن شهدوا

على

على رجل أنه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله قال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق أن الإقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الأول من المقر له والمشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل إقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي إليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وإن كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا إذا رمى حربيا ثم أسلم لأن الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك

قال: وإن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة رح وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمي وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة له أن العتق قاطع للسراية وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة

الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت
الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف
القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى
وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فصيرنا الى النهاية مخالفة
للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء منه لانه
لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان
فلا تتخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى وزفر رح وان
كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه
ما حققناه. قال: ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل
ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لان المعتبر
حالة الرمي وهو مباح الدم فيها. واذا رمى المجوسي صيدا ثم
اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس
والعياذ بالله اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ
الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده. ولو رمى المحرم
صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال
صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو
رميه في حال الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني
حلال فلهذا افترقا.

كتاب الديات

قال: وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة و
كفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات. قال:
وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فيه فتحرير رقبة مؤمنة
الاية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ
فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه
جعل المذكور كل الواجب للفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف

ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه
ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته. قال:
وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه. ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي
يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس
وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون
جذعة. وقال محمد والشافعي رح ثلاثون جذعة وثلاثون
حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله
عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة
من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد
اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة
من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رح في صفة التغليظ
وابن مسعود. قال: بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو
كالمرفوع فيعارض به. قال: ولا يثبت التغليظ الا
في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل
لم تتغلظ لما قلنا. قال: وقتل الخطأ تجب به الدية
على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل والدية في الخطأ
مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون
وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون
جذعة وهذا قول ابن مسعود وانما اخذنا بذلك والشافعي اخذ به
لرواية ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو
ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ
معذور وغير ان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان
ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه. قال: ومن العين
الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم. وقال

الشافعي رح من كل نوع اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس
ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رح ان
النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم
وتأويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة
وقد كانت كذلك **قال** ولا يثبت الدية الا من
هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة وقالا منها ومن البقر مائتا
بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان
لان عمر رح هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير
انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية
ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة
عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة
على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك
ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما **قال**
ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ
موقوفا على علي رح ومرفوعا الى النبي عليه السلام **قال**
الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت
رح والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال
الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس
فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه
قال ودية المسلم والذمي سواء **وقال**
الشافعي رح دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم لقوله
عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا
وللشافعي ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية اليهودي و
النصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا

قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذا
قضى ابو بكر وعمر رح وما رواه الشافعي رح لم يعرف رواته
ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه
ظهر به عمل الصحابة رح **فصل** فيما دون
النفس **قال** في النفس الدية وقد ذكرناه **قال**
وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه
ما رواه سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية
وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي
كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رح والاصل في
الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا
في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه
وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء
رسول الله بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب
فروع كثيرة فيقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال
وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو
قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد
وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع
بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة
قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف
وقيل هو على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل
ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع
الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر
انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطي

ولا يلتذ واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والإيلاج الذي
هو طريق الإعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لأن الحشفة
أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له وفي
العقل إذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الإدراك إذ به
ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره
أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي
أن عمر رح قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها
العقل والكلام والسمع والبصر وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت
الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال وفي شعر الرأس الدية لما
قلنا **قال** مالك وهو قول الشافعي رح
تجب فيهما حكومة عدل لأن ذلك زيادة في الآدمي ولهذا تحلق
شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر
والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا أن اللحية
في وقتها جمال وفي حلقه تفويته على الكمال فتجب
الدية كما في الأذنين الشاخصين وكذا شعر الرأس جمال ألا يرى
أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق
لأنه لا يتعلق به جمال وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة رح أنه يجب
كمال القيمة والتخريج على الظاهر أن المقصود في العبد المنفعة
بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر وفي الشارب حكومة عدل هو
الأصح لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها ولحية الكوسج إن كان
على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه
ولا يزينه وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا
لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لأن فيه بعض الجمال وإن كان

متصلا ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا
كله إذا أفسد المنبت فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء
لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وإن نبتت
بيضاء فعن أبي حنيفة رح أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيد جمالا
وفي العبد يجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة
عدل في الحر أيضا لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ويستوي
الخطأ والعمد على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي أحدهما
نصف الدية وعن مالك والشافعي تجب حكومة عدل وقد مر
الكلام فيه في اللحية **قال** وفي العينين الدية
وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية
وفي الأذنين الدية وفي الأنثيين الدية كذا روي في حديث
سعيد بن المسيب عن النبي عليه السلام **قال** وفي كل واحد
من هذه الأشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن
حزم وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية ولأن في تفويت
الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال
فيجب كمال الدية وفي تفويت أحدهما تفويت النصف فيجب
نصف الدية **قال** وفي ثديي المرأة الدية لما فيه
من تفويت جنس المنفعة وفي أحدهما نصف دية المرأة لما بينا
بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت
جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات
جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن وفي إحداهما نصفها لما بينا
قال وفي أشفار العينين الدية وفي إحداها ربع الدية
رح يحتمل أن مراده الأهداب مجازا كما ذكر محمد رح في الأصل للمجاورة
كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لأنه يفوت به الجمال

على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى
عن العين إذ هو يندفع بالهدب وإذا كان الواجب في الكل الدية
وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة
أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا
قال ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة
لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال
وفي كل إصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله
عليه السلام في كل إصبع عشر من الإبل ولأن في قطع الكل تفويت
جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها
قال والأصابع كلها سواء لإطلاق الحديث
ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين
مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لأنه بتفويت بقطع كلها منفعة
المشي فيجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية
عليها أعشارا قال وكل إصبع فيها ثلاثة
مفاصل ففي أحدها ثلث دية الإصبع وما فيها مفصلان
ففي أحدهما نصف دية الإصبع وهو نظير انقسام دية اليد
على الأصابع قال وفي كل سن خمس من الإبل
لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى وفي كل سن خمس من
الإبل والأسنان والأضراس سواء لإطلاق ما روينا ولما
روي في بعض الروايات والأسنان كلها سواء ولأن كلها في
أصل المنفعة سواء فلا تعتبر التفاوت كالأيدي والأصابع
وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمدا ففيه القصاص وقد مر
في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فأذهب
منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها

لأن المعاني تفوت جنس المنفعة لا فوات الصورة قال
ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت جنس
المنفعة وكذا لو أحدبه لأنه فوت جمالا على الكمال وهو استواء
القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة
وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة و
هي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية و
هي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه
والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تبضع
الجلد أي تقطعه تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم
وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح اللحم العظم أي تبينه
والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم
بعد الكسر أي تحوله والآمة وهي التي تصل إلى أم الرأس
وهي التي فيها الدماغ قال ففي الموضحة القصاص
إن كانت عمدا لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في
الموضحة ولأنه يمكن أن ينهي السكين إلى العظم فيتساويان
فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج
لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي السكين إليه
ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية
عن أبي حنيفة وقال محمد في الأصل وهو ظاهر الرواية
أنه يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة
فيه إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها
بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع
فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون

الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن
اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر
بن عبد العزيز رح قال وفي الموضحة ان كانت
خطاء نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي
المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الامة ثلث الدية
وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا
الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام
قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة
عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الامة ويروى وفي المامومة ثلث
الدية قال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن
ابي بكر رح انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية
ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احديهما من جانب
البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية
فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد انه جعل
المتلاحمة قبل الباضعة وهي التي يتلاحم فيها الدم ويسود
وما ذكرناه بديا مروي عن ابي يوسف وهذا اختلاف
عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة
وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في
الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج
تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير الوجه والراس يسمى
جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في
غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب
حكومة عدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص
بهما ولانه انما ورد الحكم فيها بمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء

اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منهما في الغالب وهو
العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من
الوجه وهو قول مالك رح حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش
مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة و
لا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به
من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة
تختص بالجوف جوف الراس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل
على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم
وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان
نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر
فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة
من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص
فيه يرد الى المنصوص عليه فصل وفي اصابع اليد
نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في
الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة
البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا
نصف الدية لقوله عليه السلام في اليدين الدية وفي احديهما
نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان
قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي
الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد
على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان
الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه
الجارحة الى المنكب ولا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة
باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم

يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولأنه لا وجه إلى أن يكون
تبعا للأصابع لأن بينهما عضوا كاملا ولا إلى أن يكون تبعا
للكف لأنه تابع ولا تبع للتبع. قال: وإن قطع الكف
من المفصل وفيها أصبع واحدة ففيه عشر الدية وإن كان أصبعان
فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند أبي حنيفة وقالا ينظر إلى
أرش الكف والأصبع فيكون عليه الأكثر ويدخل القليل في الكثير
لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد ولا إلى
إهدار أحدهما لأن كل واحد أصل من وجه فرجحنا بالكثرة. وله
أن الأصابع أصل والكف تبع حقيقة وشرعا لأن البطش يقوم
بها وأوجب الشرع في أصبع واحدة عشرا من الإبل والترجيح
من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب
ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الأصابع ولا شيء في
الكف بالإجماع لأن الأصابع أصول في التقوم وللأكثر حكم الكل
فاستتبعت الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة بأسرها. وفي
الأصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لأنه جزء من
يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا.
وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم يعرف صحته حكومة عدل.
وقال الشافعي تجب الدية كاملة لأن الغالب فيه
الصحة فأشبه قطع المارن والأذن. ولنا أن المقصود من هذه
الأعضاء المنفعة فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك
والظاهر لا يصلح حجة للإلزام بخلاف المارن والأذن الشاخصة
لأن المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال. وكذلك لو استهل
الصبي لأنه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه
بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر

فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ. قال:
ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة
في الدية لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء فصار
كما إذا أوضحه فمات. وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى
لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد
فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع يد رجل فشلت يده. و
قال زفر لا يدخل لأن كل واحد جناية فيما دون
النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا. وإن
ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية
قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رح وعن أبي يوسف أن
الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر. وجه
الأول أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به
فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى
جميع الأعضاء على ما بينا. وجه الثاني أن السمع والكلام مبطن
فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به. وفي الجامع الصغير ومن
شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي
حنيفة رح وقالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما وقالا في
الموضحة القصاص قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين
قال: وإذا قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل
ما بقي من الأصابع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك
وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل
وكذلك لو كسر سن رجل واسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي
أن تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما
يبس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك

لان الفعل ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة قال
اشجه موضحة فاثرت الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في محلين
فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احديهما لا تتعدى الى
الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره فقتله
يجب القود في الاول ولهذا لو اتحد الاولى سارية فالجزاء
بالمثل وليس في وسعه السارى فيجب المال ولان الفعل واحد
حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال
احدهما بالاخر فاورث نهايته شبهة الخطاء في البداية بخلاف
النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا
وقع السكين على الاصبع لانه ليس بفعله مقصودا قال
وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في ذلك
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح
وزفر والحسن رح يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه
من الجانبين قد ذكرناه. وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى
وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره فانه يجب القصاص فيهما
لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه
القصاص بخلاف الخلاف فيه الاخرى لان الشلل لا قصاص فيه
فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه
القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت
الى النفس وقد وقع الاول ظلما وجه المشهور ان ذهاب البصر
بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود
في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى
فانقلبت الثانية مباشرة قال ولو كسر بعض السن
فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين

فتاكلتا

فتاكلتا فهو على الروايتين هاتين قال ولو قلع
سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي
حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت
والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت
معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع
لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه تجب حكومة
عدل لمكان الالم الحاصل قال ولو قلع سن غيره
فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القاطع الارش
بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا
قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه قال
ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت
سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه
استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت
مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستانى حولا بالاجماع
كان ينبغي ان ينتظر الناس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار
ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه ينبت فيه ظاهرا فاذا
مضى الحول ولم ينبت قضينا بالقصاص واذا نبت تبين انا اخطانا
فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة
فيجب المال قال ولو ضرب انسانا سنه فتحركت
يستانى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء
المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط
بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف
ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون
القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك

يوش في السقوط فافترقا وان اختلفا في ذلك بعدما تسنة فالقول
للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته
القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شئ
على الضارب وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة الالم وسنبين
الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت
يجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب
القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر
بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر
ولو اصفر فيه روايتان قال: ومن شج رجلا
فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر لم يسقط الارش عند ابي
حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال: ابو يوسف
عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب ان زال
فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال: محمد عليه
اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار
كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع على
اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهته ولم يوجد في حق الجاني فلم
يغرم شيئا قال: ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه
فبرأ منها فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق
اثر فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال:
ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش
اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية و
انها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله
ابتداء قال: ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى
يبرأ وقال: الشافعي رح يقتص منه في الحال

اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا
يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان
الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير
معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر
بالبرء وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل
وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام
لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب
في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد
والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع
قال: واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله
في ثلث سنين وقال: الشافعي تجب حالا لان
الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ
وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في
نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل
فيكون مؤجلا كدية الخطاء وشبه العمد وهذا لان القياس
يأبى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع
وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة
ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل
جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما
روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا
يظهر في حق العاقلة قال: وعمد الصبي والمجنون
خطاء وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة
فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال: الشافعي رح
عمده عمد حتى يوجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد

هو القصد غير أنه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لأنهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رض أنه جعل عقل المجنون على عاقلته **وقال** عمده وخطؤه سواء ولأن الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لأنهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

قال وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي أن النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالأثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي رح وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم **وقال** مالك رح في ماله لأنه بدل الجزء ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندي من لا صاح ولا استهل الحديث إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة **وقال** الشافعي رح

في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا ولأن في الجنين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة **قال** فإن ألقته حيا ثم مات ففيه الدية الكاملة لأنه أتلف حيا بالضرب السابق وإن ألقته ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح أن النبي عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين لأنه قاتل شخصين وإن ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين **وقال** الشافعي رح يجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتا وهي حية ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل **قال** وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف

عشر قيمته ولو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال
الشافعي رح فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان
الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان
الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان في الاصل ولا معتبر به
في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها قال
ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين
البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده
على ما نذكر فصح الاعتبار على اصله قال فان ضرب
فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته
حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب
السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا يجب القيمة دون الدية
ويجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا اياه وهو حي
فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وقال
محمد رح يجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب
لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ان شاء الله
تعالى ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي يجب الكفارة لانه
نفس من وجه فيجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى
العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم
يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا
تقرب الى الله كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد
استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام
لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء
العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا
القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا باب

ما يحدثه

ما يحدثه الرجل في الطريق قال ومن اخرج الى
الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل
من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه
وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد
حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في حق المشترك وليسع
للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور
ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر
بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان
يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا
وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم
يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اخذ
لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد
كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع
ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى رضاهم ممكن فبقي
على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في
الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب
فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق
وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا
في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطب به دابة
وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي
احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب
نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه
لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان

خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا
فيه ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه
ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة ولو أصاب الطرفان
جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما إذا جرحه سبع
وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتبارا للأحوال
ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا
فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها
فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع لأن
فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في
الطريق جمرا فأحرق شيئا يضمنه لأنه متعد فيه ولو حركته الريح
إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل إذا
كان اليوم ريحا يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى
إليها فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار العملة لإخراج
الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانا قبل أن يفرغوا من العمل
فالضمان عليهم لأن التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما
إلى رب الدار وهذا لأنه انقلب فعلهم قتلا حتى وجب عليهم
الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم إليه فاقتصر
عليهم وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا
لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة و
إصلاحا فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا
إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة وكذا إذا رش
الماء أو توضأ لأنه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمارة بخلاف
ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو
وضع متاعه لأن لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات

السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا إذا رش ماء كثيرا بحيث
يزلق به عادة أما إذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه
لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط
لا يضمن الراش لأنه صاحب علة وقيل هذا إذا رش بعض الطريق
لأنه يجد موضعا للمرور ولا أثر للماء فيه فإذا تعمد المرور
على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وإن
رش جميع الطريق يضمن لأنه مضطر في المرور وكذلك الحكم في
الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه ولو
رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا
وإذا استأجر أجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به إنسان
بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان أمره
بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الأجير لفساد الأمر قال

ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك إنسان

فديته على عاقلته وإن تلفت به بهيمة فضمانها في ماله لأنه متعد
فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال
فكان ضمان البهيمة في ماله وإلقاء التراب واتخاذ الطين في
الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما إذا كنس
الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعد
فإنه ما أحدث شيئا فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق
حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به إنسان كان ضامنا
لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به
إنسان فالضمان على الذي نحاه لأن حكم فعله قد انتسخ لفراغ
ما شغله وإنما اشتغل بفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير
في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فإن أمره السلطان بذلك

او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بأمر من له
الولاية في حقوق العامة وان كان بغير اذنه فهو متعد اما
بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على رأي الامام او هو مباح
مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع
ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف
وكذا لو حفره في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفره في فناء
داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا
كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما
اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه
يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في طريق ومات
الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة لانه
مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال
ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له
لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال
محمد هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ
لولا هو لكان الطعام قريبا منه قال وان استأجر
اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على
الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا
اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين وصار كما اذا
امر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك
يضمن المأمور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب
والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع للغرور وهنا يجب
الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير
غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان

على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي
الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق
الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم
علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر
لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف
فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب فيها وبناء
الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى
ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة
بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على
الذي جعل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور
عليها لان الاول تعد هو تسبيب والثاني تعد وهو مباشرة فكانت
الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع
النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا
في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذا اذا
سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به
انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء
قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة والذي يلبس
لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه
مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو
كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة
فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب
به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن
قالوا هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه
من القرب وكل واحد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة

كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رح وهو
الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب
الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا
سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط
السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة و
قصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد
بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من اهله

قال: وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم
يضمن ان كان في الصلوة وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند
ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن
او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير
الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف
واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق
لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات
الصلوة او لان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا
يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشيا
ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا
مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو
ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة
كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد
اذا اوطأ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من
غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن
لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى

اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحائط المائل

واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه و
اشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط
ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا
صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء
كان في ملكه والميلان وشغل الهوى ليس من فعله فصار كما قبل
الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد
اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه و
طولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما
لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم
اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة
هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع
عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به و
دفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع
هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف
به من النفوس يجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية
دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي
الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب
والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال و
الشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر
الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط
وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى
هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان

يهي الحائط لانعدام التعدي قال ولو بنى الحائط
مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد
لان البناء تعدٍّ ابتداء كما في اشراع الجناح قال
وتقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست شهادة
على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد
من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم
او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل
واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم
اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد كل صاحب
حق به وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة
لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه
لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل
هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك
ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان
الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد
عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم
ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه
لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف
اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ
على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه وبعد شرائه
هو ضامن بتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح
التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن
منه لا يصح التقدم اليه كالمستأجر والمرتهن والمودع وساكن الدار
ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى

الوصي والى ابي اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وقد
ذكر الاشهاد في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء
كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه
دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان
مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان
الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان
النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان
لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه
وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط المائل الحائط على انسان
بعد الاشهاد فقتله فعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمن لان التفريغ
عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه
اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط المائل اشهاد على النقض لان
المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت
بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك غيره
لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها واذا كان الحائط بين خمسة رجال
اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على
العاقلة وان كان دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا او بنى
حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند
ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان
التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر ونصيب من لم يشهد عليه هدر
فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية و
جرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر
والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل
جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك مضافا الى العلة الواحدة

ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة
علة التلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرفنا الا ان عند المزاحمة
اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الراكب ضامن لما وطئت الدابة
وما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا
اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور
في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في
حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس
فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم
انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا
يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح
والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات
السير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس
يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها
في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه
عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه
قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة
او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او
افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لان في الوجه الاول
لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن
لانه ينفك عن سيرها عادة والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان
المعنى لا يختلف فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب
به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير وكذا اذا اوقفها
لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف فان اوقفها

لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في
هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا
بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به قال والسائق ضامن
لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها
دون رجلها والمراد النفحة هكذا ذكر القدوري في مختصره واليه
مال بعض المشايخ رح ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق
فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه
قال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة
ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز
عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ
وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم
لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه السلام
الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما
في المكره وهذا تخويف بالضرب وفي الجامع الصغير وكل شيء
ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما
شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط
السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة
فيما اوطأته الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على
الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله
وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له و
هما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في
غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق
بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق و
القائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن

السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان قال:

وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رح يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر يروى ذلك عن علي رض ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحا ولكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم إذا انقلب على غيره وروي عن علي رض أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الثلاث محظوران فوضح الفرق وهذا الذي ذكرنا إذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فيهدر ضرورة وكذا في العمد لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر

ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن على أصل أبي حنيفة ومحمد يجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال:

ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنه متعد في هذا التسبيب لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة قال:

ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان معه سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل أما إذا توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه فإن ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه

يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فإذا ترك الصيانة صار
متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم
يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه
العهدة وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما متسبب
لأن الربط من القائد بمنزلة التسبيب من المباشر لاتصال
التلف بالقود دون الربط قالوا هذا إذا ربط والقطار يسير
لأن الرابط آمر بالقود دلالة وإذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك
فيكون قرار الضمان على الرابط أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها
ضمنها القائد لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا صريحا ولا دلالة
فلا يرجع بما لحقه عليه **قال** ومن أرسل بهيمة
وكان لها سائقا فأصاب في فوره يضمنه لأن الفعل انتقل إليه
بواسطة السوق **قال** ولو أرسل طيرا وساقه
فأصاب في فوره لم يضمن والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق
فاعتبر سوقه وبدن الطير لا يحتمل السوق فصار وجوده و
عدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن
ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله
حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة
عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها هذا هو الحقيقة إلا أن
الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد
مشروع ولا طريق له سواه فلا حاجة في حق ضمان العدوان
قال رح وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة
في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها
مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة
انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا

وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد
ثم سار فأخذ الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه
لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل فينقطع حكم الإرسال
بخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره
لا يضمنه مرسله وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق
تعدي فيضمن ما تولد منه أما الإرسال للاصطياد فمباح
ولا تسبيب إلا بوصف التعدي **قال** ولو أرسل
بهيمة فأفسدت زرعا على فورها يضمن المرسل وإن مالت
يمينا وشمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة
فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله
عليه السلام جرح العجماء جبار **وقال** محمد رح هي
المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه
من الإرسال وأخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما
نقصها لأن المقصود اللحم فلا يعتبر إلا النقصان وفي عين بقرة
الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس
وقال الشافعي رح فيه النقصان أيضا اعتبارا
بالشاة ولنا ما روي أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع
القيمة وهكذا قضى عمر رح ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل
والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد
تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين
بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولأنه
إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعين المستعمل
فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها **قال**
ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت

رجلًا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك
على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود ولأن
الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة
إليه كأنه فعله بيده ولأن الناخس متعد في تسبيبه والراكب
غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفًا
دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه
متعد في الإيقاف أيضًا وإن نفحت الناخس كان دمه هدرًا
لأنه بمنزلة الجاني على نفسه وإن ألقت الراكب فقتلته كان ديته
على عاقلة الناخس لأنه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة
ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على
الناخس دون الراكب لما بينا والواقف في ملكه والذي يسير
في ذلك سواء وعن أبي يوسف رح أنه يجب الضمان على الناخس
والراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة و
الثاني مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما وإن نخسها
بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان
عليه في نخسها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس في معنى السوق فصح أمره
به وانتقل إليه بمعنى الأمر قال ولو وطئت
رجلًا في سيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما
جميعًا إذا كانت في فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك
الحالة مضاف إليهما والإذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله
من حيث إنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وإن كان علة
للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح إنسانًا فوقع
في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما
لما أن الحفر شرط وجود علة أخرى دون علة الجرح كذا ههنا ثم

قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه فعل بأمره
وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لأنه لم يأمره بالإيطاء و
النخس ينفصل عنه وصار كما إذا أمر صبيًا يستمسك على الدابة
بتسييرها فوطئت إنسانًا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فإنهم لا
يرجعون على الآمر لأنه أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه وكذا
إذا ناول ولده سلاحًا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم
الناخس إنما يضمن إذا كان الإيطاء في فور النخس حتى يكون السوق
مضافًا إليه وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع
أثر النخس فبقي السوق مضافًا إلى الراكب على الكمال ومن قاد دابة
فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على
الناخس وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره لأنه مضاف إليه
والناخس إذا كان عبدًا فالضمان في رقبته وإن كان صبيًا ففي ماله
لأنهما يؤاخذان بأفعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق
فنفحت إنسانًا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه
متعد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله والله تعالى أعلم

باب

جناية المملوك والجناية عليه

قال وإذا جنى
العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه
وقال الشافعي رح جنايته في رقبته يباع فيها إلا
أن يقضي المولى الأرش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد
العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة رض له أن الأصل في موجب
الجناية أن يجب على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل
عنه ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين
العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين في الذمي ويتعلق برقبته

يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على
الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله و
الاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على
عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد
يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على
اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا
عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على
المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء
لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل
غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت
العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال
الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء
فصار كالعبد في صدقة الفطر **قال** فان دفعه
ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا
اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب
عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان
مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه
فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي
الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين
الرقبة سقط اما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اداه
حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني
عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء
لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى **قال**
فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية الاولى معناه بعد

الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن وهذا
ابتداء جناية **قال** فان جنى جنايتين قيل للمولى
اما ان تدفعه الى وليي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما
ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع
تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى لم يمنع
تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله
على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما وان كانوا جماعة يقتسمون
العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم
لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان
ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج وللمولى
ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من
العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة
بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما
ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة و
الحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في
موجبها **قال** فان اعتق المولى وهو لا يعلم بالجناية
ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية
وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمن وحقه في اقلهما
ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني
صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار
منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد
لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على
رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب
بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قاله

المفتي والحفيد الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر
فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع والطلاق فالجواب في
الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف
واطلاقه في البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل
الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف
العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم
يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة
لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو
باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه
لان المستحق اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع
واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا
لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار
اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت
بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه
عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه
لا ينتقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص
بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا
بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه
دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي
الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى
فيلزم المولى قيمته **قال** ومن قال
لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار
للفداء ان فعل ذلك ان علق العتق بضرب لا يوجب القصاص
وقال زفر رح لا يصير مختارا للفداء

لانه وقت التكلم لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم
يوجد منه فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو علق الطلاق او
العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد
الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هنا
ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند
الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا يرى ان من
قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير مبتدئا
الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت
طالق ثلثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض فيصير
فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده
لان غرضه طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع
فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على
مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله
فهذا دلالة الاختيار **قال** واذا قطع العبد
يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم
مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رد على
المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك انه
اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح
كان عن المال لان اطراف العبيد لا يجري القصاص بينها وبين
اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب
هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث
الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها
عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق
يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف

بقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا وان يجعل صلحا عن
الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به
يصح وقد رضي المولى به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن
القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح
الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح
ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى و
الاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل
قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد و
دفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك **قال**
فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع
يرد اشكالا لانه فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث
لا يجب القصاص هنالك وههنا **قال** يجب قيل ما
ذكر هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس و
الاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح
ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو
ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما بقي موجودا حقيقة فكفى
لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها
حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم يمنع العقوبة
هنا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل
قال واذا جنى العبد الماذون له جناية وعليه الف درهم
فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب
الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما
مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء
فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة

الواحدة بان تدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما
بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة
للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى
بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وهنا يجب لكل
واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما **قال**
واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد
معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان
الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء
فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب
الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل
الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون
الاوصاف الحقيقية **قال** واذا كان العبد لرجل
زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ
فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على
العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة
من غير حجة **قال** واذا اعتق العبد فقال
لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت
حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما اسنده الى حالة
معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب
في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ
العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او
طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول
قوله لما ذكرنا **قال** ومن اعتق جارية ثم قال
لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول

قولها وكذلك كل ما اخذ منها لان الجماع والغلة استحسانا
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن
الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان
لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان كما في المسئلة
الاولى وكما في الوطي والغلة وفي الشئ القائم قبضه حيث
اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهو منكر والقول
قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان
ثم ادعى ما يبريه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت
عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال
المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة فالقول قول المقر
له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن
يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال
الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطي والغلة لان وطي
المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها و
ان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى
حالة معهودة منافية قال واذا امر العبد
المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه
هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بيناه من قبل ولا
شئ على الامر وكذا اذا كان الامر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما
لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع
لعاقلة الصبي القاتل على الصبي الامر ابدا ويرجعون على
العبد الامر بعد العتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال
لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية و
كذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الامر عبدا والمأمور عبدا

محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع
له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من
الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا
اذا كان القتل خطا وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغير
لان عمده خطا اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين
الحر والعبد قال واذا قتل العبد رجلين عمدا
ولكل واحد منهما وليان فعفى احد وليي كل واحد منهما فان
المولى يدفع نصفه الى الاخرين او يفديه بعشرة الاف درهم لانه
لما عفى احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا
فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او
في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي
النصف فان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطاء فعفى احد وليي
العمد فان فدا المولى فدا (اي العبد) بخمسة عشر الفا خمسة الاف للذي
لم يعف من وليي العمد وعشرة الاف لولي الخطا لانه لما انقلب
العمد مالا كان حق ولي الخطاء في كل الدية عشرة الاف وحق
احد وليي العمد في نصفها خمسة الاف ولا تضايق في الفداء فيجب
خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطاء
وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة وقالا يدفعه
ارباعا ثلثة ارباعه لولي الخطاء وربعه لولي العمد فالقسمة
عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطاء بلا منازعة
واستوت منازعة الفريقين في النصف الاخر فينتصف فلهذا
يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان
الحق يتعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب
هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد

ذكرناها في الزيادات. وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما أي قريبا لهما فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد رح مع قول أبي حنيفة رح

فصل

ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا يزاد على عشرة آلاف درهم فإن كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر قضي له بعشرة آلاف إلا عشرة وفي الأمة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا فصار كقليل القيمة وكالغصب ولأبي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة إلى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية إذ الغصب لا يرد إلا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وإن لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرنا بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها

في العبد إظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله ابن مسعود رض وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة لأن اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار إظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لأن القيمة في العبد كالدية في الحر إذ هو بدل الدم على ما قررناه. وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رح لا قصاص في ذلك وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن أعتقه ويبطل الفضل وإنما لا يجب القصاص في الوجه الأول للاشتباه من له الحق لأن القصاص يجب عند الموت مستندا إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لأن الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل لأن ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت فإذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رح في الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولأن الإعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها

يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص و
لهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان
المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف
الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف
السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان
ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية
لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطاء دون العمد لان
العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون
الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فتقضى
منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه. اما العمد فموجبه
القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون
الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه ولا اشتباه
فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب
ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما
ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب
في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الفصل الثاني ومن قال
لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما
للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف
المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل يجب
دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار
من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر
انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه
اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة حر ودية عبد
ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب

قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل واحد
منهما نكرة كذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه
لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتناه
ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة
وثبت في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها ومن فقأ
عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء
امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا ان
شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ
قيمته وقال الشافعي رح يضمنه كل القيمة
ويمسك الجثة لانه جعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي
الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه
ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق
الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا
كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس
المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة
دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر
لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل
الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ
احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى
المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي
قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا
ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك
الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في
الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى

ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء فهذا
من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته
فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة
ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين
حظهما من الحكم

فصل في جناية العبد وام الولد

واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من
قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر
على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير او
الاستيلاد من غير اختيار الفداء فصار كما اذا فعل ذلك
بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش
لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر
من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس
واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات
صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات
المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في
رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر
فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد
في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق فان جنى
جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء
فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع وان كان المولى دفع القيمة
بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع
ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه
حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى
مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله ان المو

جان يدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن
بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من
وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث
انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة
في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا
بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه
الا قيمة واحدة لان الضمان وجب عليه بالمنع فصار وجود
الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في
جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا
اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم
يعتق لان موجب جناية الخطاء على سيده واقراره به لا ينفذ
على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

ومن قطع يد
عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع
وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد
الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه
سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته
اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة
الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى
عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان واذا غصب
العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن
لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله ومن غصب مدبرا فجنى عنده
جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى
قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق عجز نفسه

عن الدفع من غير أن يصير مختارا للفداء فيصير مستهلكا حق
أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد
على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في
الموجب ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لأنه استحق
نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق
نصف العبد بهذا السبب ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى
ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد رح يرجع بنصف قيمته فيسلم
له لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي
الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل
والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما
أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد
وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئا من بدل
العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه فإذا أخذه منه
يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب
كان في يد الغاصب وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل
فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان
ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الأول غير
أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت في يد
الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب
وهذا بالإجماع ثم وضع المسئلة في العبد **قال**
ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن
المولى يدفعه إلى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف
القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب وهذا عند أبي

حنيفة وأبي يوسف **وقال** محمد رح يرجع بنصف
القيمة فيسلم له وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده
دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول
ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع
ما ذكرنا إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الفصل
الأول يدفع القيمة ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم
رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته
بينهما نصفان لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة
واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لأن الجنايتين كانتا في يد
الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول لأنه استحق كل القيمة لأن
عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وإنما انتقص بحكم المزاحمة
من بعد ويرجع به على الغاصب لأن الاستحقاق بسبب كان
في يده ويسلم له ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا إلى
ولي الجناية الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق
الأول وقد وصل ذلك إليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف
كالأولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن في الأولى الذي
يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الأولى لأن الثانية
كانت في يد المالك فلو دفع إليه ثانيا يتكرر الاستحقاق أما
في هذه المسئلة يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها
في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرنا ومن غصب صبيا حرا
فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء وإن مات من
صاعقة أو نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا
استحسان والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر
والشافعي لأن الغصب في الحر لا يتحقق ألا يرى أنه لو كان

مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه جنى فاذا كان الصغير حرا
دفعه وليا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن
يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض
مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات
والسباع لا تكون في كل مكان وهذا لان الصواعق فاذا نقله
اليه وهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان
شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق
بخلاف الموت فجاءة او بالحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف
الاماكن حتى لو نقله الى موضع تغلب فيه الحمى والامراض و
نقول بانه يضمن فيجب الدية على العاقلة لكونه قتله تسبيبا
واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع
طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع
العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي
حنيفة ومحمد رح ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف و
الشافعي يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة
في العبد والصبي وقال محمد رح في اصل الجامع
الكبير موضع المسئلة في صبي ابن اثني عشر وهذا يدل على ان
غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله
معتبر لهما انه اتلف مالا مستحقا معصوما حقا لمالكه فيجب
عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي
في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رح انه اتلف مالا غير
معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان
العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في

يد مانعه فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه
في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي
على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على نفسهما
وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى
على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد
الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره و
ان استهلك مالا يضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ
بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد والله اعلم

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا
منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال
الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا
ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ
وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى
في العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون
هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي
من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل
المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا
غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي وان حلفوا لا دية عليهم
للشافعي رح في البداءة بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء
فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له
الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا
للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول
غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها و

المال يجب معها فلهذا وجبت الدية وكذا قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وقد روى ابن المسيب
ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم
لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون
الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه
المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم
الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين
حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل المحلة
لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل وفائدة
اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون تفيد يمين
الصالح على العلم بابلغ مما تفيد يمين الطالح ولو اختار
اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة
فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي
وقال الشافعي رح لا تجب الدية لقوله
عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رح تبرئكم اليهود بايمانها
ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر
الدعاوى ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث
ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رض بينهما على
وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن
القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين و
القسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر
القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا
حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود
منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم

في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف
لان اليمين فيه مستحقة لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه
وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن
اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط
ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع
اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في
العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض
باعيانهم انهم قتلوا وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل
عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط و
عن ابي يوسف رح في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط
القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك
بينة فان قال لا استحلف المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه ان
القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص
اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل
عليهم وفيما وراءه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل
على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل
المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى
فنوجبه بالنص لا بالقياس وهو ممتنع بخلاف ما اذا ادعى على
واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناها لاوجبناها
بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له
بينة فان لم تكن استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام
النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل فالدعوى في
المال يثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى
في كتاب الدعوى وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم

حتى يتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة و
افى اليه تسعة واربعون فكرر اليمين على رجل منهم حتى
تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك
ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب
فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر
الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم
فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال ولا قسامة
على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين
قول ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين
على اهلها فان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه
ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب مباشرة
الحي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة
تتبع احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر
يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر
ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا
يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه
او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل
احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من
نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة
والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف
ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا
حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل
تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا
تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان

بمقابلة نفس واحدة ولا تتوالى الديتان والاصل فيه ان الموجود
الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب
فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب
والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا
الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر
الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان
كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم
لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا
شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا واذا وجد القتيل على دابة
يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده
فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها
فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في
دارهم فاذا مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما
لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر
ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد
بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل
الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على
ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة
يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا واذا وجد القتيل في
دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته
لان نصرته منهم وقوته بهم ولا يدخل السكان في القسامة مع
الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال
ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى
كما تكون بالملك لان النبي عليه السلام جعل القسامة والدية

على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة
البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم و
كانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر
فالنبي عليه السلم اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه
الخراج وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح الكل
مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية
الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار
الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص
بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية
التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد
بالكوفة وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما
بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين
لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او
يزاحمهم واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى
قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان
كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار تكرر عليه الايمان وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا
يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما
ان الحضور تلزمهم نصرة البقعة كما يلزم صاحب الدار فيشاركونه
في القسامة فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل و
عشرها لرجل ولاخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان صاحب
القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير وكانوا سواء في الحفظ

والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة ومن اشترى
دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع و
ان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده و
هذا عند ابي حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة
المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي يصير له لانه
انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له
ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على
عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض
في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر فيه قرار
الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا
بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر
بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا اذا كان
فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع
في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان
الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر
يده اذ به يقتدر على الحفظ ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل
لم تعقل العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد
من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت
دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على
العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد
من اقامة البينة فان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من
فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها
حتى يجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها
والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على
ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول

فتعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار
لأنها لا تنقل وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان
التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع والشارع الاعظم
فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به
واحد منهم وكذا الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين
ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف رح يجب على
السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة
التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد
في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية و
القسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم و
الظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون
فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني
لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع
عليهم قالوا وهذه فرعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين
ابي حنيفة وابي يوسف وان وجد في برية ليس بقربها عمارة
فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا
كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير
وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت فالقسامة والدية
على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه
وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد
احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى
من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرة
هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو اقرب
منه الا يرى انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيها بخلاف
النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم

عليه فيكون القسامة والدية عليهم وان ادعى الولي على واحد
من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم فقد ذكرناه وذكرنا
فيه القياس والاستحسان وان ادعى على واحد من غيرهم سقط
عنهم وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو ان وجوب القسامة
عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء
الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان
القاتل منهم ليس وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة
تقديرا حيث لم ياخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون
بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى
القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه واذا
التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان
القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على
اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه
الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة ولا على اولئك
حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث
الذي رويناه انما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة
على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض
لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها
الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب
الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا
قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر
ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان
كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي
حنيفة رح خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه واذا قال المستحلف
قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا

غير فلان يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل
فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار
مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه واذا شهد
اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتله لم يقبل شهادتهم
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقبل لانهم كانوا بعرضية ان
يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على
غيرهم فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصو[مة]
وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا
تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من
الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد **قال** رح وعلى
الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى
على واحد من اهل المحلة بعينه وشهد شاهدان من اهلها عليه
لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بينا وقالا
يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف رح ان الشهود
يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزادون على ذلك لانهم اخبروا
انهم عرفوا القاتل ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من
تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة و
الدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة **وقال**
ابو يوسف رح لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في
القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه كما اذا لم يكن صاحب
فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب
القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل
ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه
جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم
مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس قول

ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده
كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من المسئلة
القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته
لورثته عند ابي حنيفة **وقال** ابو يوسف ومحمد
وزفر رح لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجريح
فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب
بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك
وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف
المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال الظهور قد بقيت
الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان
رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا
قال ابو يوسف رح يضمن الآخر الدية
وقال محمد رح لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل
نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا
وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة
ومحمد رح القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها
اقرب القبائل اليها في النسب **وقال**
ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب
على من كان من اهل النصرة والمراة ليست من اهلها فاشبهت
الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المراة
متحققة قال المتاخرون ان المراة تدخل مع العاقلة في
التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتلة تشارك
العاقلة ولو وجد رجل قتيل في ارض رجل الى جانب قرية ليس

صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض لأنه أحق
بنصرة أرضه من أهل القرية

كتاب

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل
الدماء من أن تسفك أي تمسك **قال** والدية
في شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة
والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد
ذكرناه في الديات والأصل في وجوبه على العاقلة قوله
عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للأولياء قوموا فدوه ولأن
النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار والخاطئ معذور وكذا الذي
تولى شبه العمد نظرا إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه
وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم
إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وإنما خصوا بالضم لأنه إنما قصر
لقوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين
في تركهم مراقبته فخصوا به **قال** العاقلة أهل الديوان إن
كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين
وأهل الديوان أهل الرايات وهم أهل الجيش الذين كتبت
أساميهم في الديوان وهذا عندنا **وقال**
الشافعي رح الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولأنه صلة والأولى
بها الأقارب ولنا قضية عمر رح فإنه لما دون الدواوين
جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من
غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان
على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعد
وفي عهد عمر رح قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعا

للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم
أهل الحرفة وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال لكن
إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم و
التقدير بثلث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ومحكي
عن عمر رح ولأن الأخذ من العطايا للتخفيف والعطاء يخرج في كل
سنة مرة واحدة فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلث سنين أو أقل
أخذ منها لحصول المقصود وتأويله إذا كانت العطايا للسنين
المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل
القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء
على ما نبين إن شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في
سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا
وإذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واحدة
كان الواجب بالقتل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة
وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد
على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة
من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله في
ثلث سنين **وقال** الشافعي رح ما وجب على القاتل
في ماله فهو حال لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق
به العمد المحض ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا
فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية
في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل إذ هو بدل النفس وإنما يعتبر
مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي
المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في
ولد المغرور **قال** ومن لم يكن من أهل الديوان

فما قلته قبيلته لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في العاقلة قال
وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل
سنة وينقص منها قال كذا ذكره الكرخي والقدوري في مختصره
وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد
على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين
على ثلثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم
أو درهم وثلث درهم وهو الأصح قال وإن لم
تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل إليهم معنى نسبا
كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب
العصبات الإخوة ثم بنوهم ثم الأعمام ثم بنوهم وأما الآباء و
الأبناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي
الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلثة أو أربعة وهذا
إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون وعلى هذا
حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب
الرايات يعني أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب
ويفوض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به ثم هذا كله عندنا
وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل
لأنه صلة فيعتبر بالزكوة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم
عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي أحط رتبة منها ألا يرى أنه لا
يؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كان
عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في
ثلث سنين في كل سنة الثلث لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء
قائم مقامه إذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر إن كانت أرزاقهم
تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء

وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ
منه سدس الدية وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق
بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث
وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر
بحصة الشهر وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة
فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق لأنه أيسر إما لأن
الأعطية أكثر أو لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه و
الأعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم و
أدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم لأنه هو الفاعل
ولا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي رح
لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه
والجامع كونه معذورا قلنا إيجاب الكل إجحاف به ولا كذلك
إيجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه أولى قال
الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وليس على النساء و
الذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رض لا
يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولأن العقل إنما يجب على أهل
النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان و
النساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية
وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شيء عليهما من الدية
بخلاف الرجل لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار
أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض
لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه السلم
ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر يريد به إذا كان لأهل كل مصر
ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان

باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر
آخر ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم لأنهم أتباع لأهل المصر
فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار
معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة
عقل عنه أهل الكوفة لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه و
الحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم
النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد
الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من المسائل
المعاقل ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء
وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان
من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه نسبا وبين أهل الديوان
قرابة وقيل هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون
بنصرتهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون بها أهل العطاء
وقيل تأويله إذا كان قريبا لهم وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال
وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر وهذا لأن الوجوب بحكم
القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة
لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا
في المصر لا مسكن له لا يعقله أهل المصر لأن أهل العطاء لا ينصرون
فيهم لأنه لا ينتصر بهم وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة
يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم
لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة
عن الأضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وإن لم يكن لهم عاقلة
معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه
كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وإنما يتحول عنه على

العاقلة أن لو وجدت فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة
تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية
عليه في ماله لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من
هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر
لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت
مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا إذا لم تكن المعاداة
فيما بينهم ظاهرة أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى
ينبغي أن لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع
التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول
ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على
عاقلته من أهل البصرة **وقال** زفر رح
يقضي على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف
لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة و
صار كما إذا حول بعد القضاء ولنا أن المال إنما يجب عند
القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال
وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته وإذا كان كذلك
يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء
لأن الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة
القاتل يؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطايا و
عطاؤه بالبصرة بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم
حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب لأن في النقل إبطال
حكم الأول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به
عليهم فكان فيه تقرير حكم الأول لا إبطاله وعلى هذا لو كان
القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى

استوطنوا البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي
بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان
بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد
القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما
اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم
في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطايا حيث تصير الدية
في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم لانه ليس
فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم واعطياتهم
اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من
العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال
العطاء من جنس ما قضي به عليه فان كان القضاء بالابل والعطا
دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال
القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر
قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة
بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم ومولى
الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه
ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رح وقد مر في كتاب
الولاء ولا يعاد ثانيا **قال** ولا تعقل العاقلة
اقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل
فيه حديث ابن عباس موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي عليه السلام
لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما
دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس و
لان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف للقليل وانما هو في
الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع **قال** وما نقص

من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل
والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية
في ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما رويناه وبما روي
انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر
بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك
الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا
كان في مال الجاني اخذا بالقياس **قال** ولا تعقل
العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما
رويناه لانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان
العاقلة لقصور الولاية عنهم **قال** الا ان
يصدقه قوم لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية
على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد
سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى
لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت
بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي
بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما
العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم
ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على
العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف ما تقدم الا ان
يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق
حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم **قال**
واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته لانه بدل
النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله
لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون

النفس من العبد لا يحتمل العاقلة لأنه تسليك به مسلك الأموال
عندنا على ما عرف وفي أحد قوليه يحتمل كما في الحر وقد مر من قبل
قال أصحابنا رح ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة
فالدية في بيت المال لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته ليس
بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا لو كان ميراثه لبيت المال
هكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رح
رواية شاذة أن الدية في ماله ووجهه ان الأصل ان يجب الدية
على القاتل لأنه بدل متلف والإتلاف منه الا ان العاقلة تحملها
تحقيقا للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الأصل
وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه لأن نسبه ثابت منها دون الأب
فان عقلوا عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على
عاقلة الأب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم
على عاقلة الأب لأنه تبين ان الدية واجبة عليهم لأن عند
الإكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الأب حيث بطل
اللعان بالإكذاب ومتى ظهر من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان
واجبا على قوم الأب فيرجعون عليهم لأنهم مضطرون في ذلك و
كذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى
جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لأنه عند الأداء
تحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من
أجزاء حياته فيتبين ان قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم و
كذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله وضمنت عاقلة الصبي
الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الأمر ثبت بالبينة وفي
مال الآمر ان كان ثبت بإقراره في ثلث سنين من يوم يقضي
بها القاضي على الآمر أو على عاقلته لأن الديات تجب مؤجلة

بطريق

بطريق التيسير قال رح ههنا على مسائل ذكرها
محمد رح متفرقة والأصل الذي يخرج عليها ان تبدل حال
القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم
ينتقل جنايته عن الأول قضي بها أو لم يقض وان ظهرت حالة
خفية مثل دعوة ولد الملاعنة عند تحول الجناية الى الأخرى وقع
القضاء بها أو لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة
تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها
على الأولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الأولى
فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقها
زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا
فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الأصل متأملا يمكنه التخريج فيما
ورد عليه من النظائر والأضداد

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لأنه تمليك
مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضيف الى حال قيامها بأن قيل
ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا انا استحسنا لحاجة الناس
اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له
المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط
بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو أنهضه البرء
يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله
في الاجارة بيناه وقد يبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة
كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله
تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والسنة وهو قوله

النبي عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم
زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم
وعليه اجماع الامة ثم يصح في الثلث للاجنبي من غير اجازة
الورثة لما بينا. وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى
ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي
وقاص رح الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل و
النصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم
وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم
يظهره في حق الاجنبي بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه
واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا
عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في
الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية
للوارث **قال** الا ان يجيزه الورثة بعد موته
وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم
في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت
فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد
ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية
الامر انه يستند عند الاستغناء لكن الاستناد يظهر في حق القائم
وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله
يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا
ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت
الوصية للوارث واجازته البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز
باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند
الشافعي رح من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر

من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار
كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن **قال** ولا يجوز
للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام
لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما
يحرم الميراث **وقال** الشافعي رح يجوز للقاتل
وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية
عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما قلناه ولو
اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة رح ومحمد رح **وقال**
ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها ولهما
ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع
بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحد
قال ولا يجوز لوارثه لقوله عليه السلام
ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه
يتأذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف
بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت
الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه
يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية
لانه وصية حكما حتى ينفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على
عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار **قال**
الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان
الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز
على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد ويجوز ان
يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله

عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني انهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهيكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد **قال** ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف ما استكمل الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقير والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين **قال** والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر رح وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى

يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة **قال** ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها **قال** ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رح يصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رض اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم ينفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك

لعدم الأهلية وقت المباشرة وكذا إذا قال إذا أدركت فثلثي
لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في
الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة
والمانع حق المولى فيصح إضافته إلى حال سقوطه قال
ولا يصح وصية المكاتب وإن ترك وفاء لأن ماله لا يقبل التبرع
وقيل على قول أبي حنيفة رح لا تصح وعندهما تصح ردا لها إلى
مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق
فملك والخلاف فيها معروف في موضعه قال
ويجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من
وقت الوصية أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه
لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الإرث
فكذا في الوصية إذ هي أخته إلا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى
التمليك بخلاف الهبة لأنها تمليك محض ولا ولاية لأحد
عليه ليملكه شيئا وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام
فيما إذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أوسع لحاجة الميت
وعجزه ولهذا يصح في غير الموجود كالثمرة فلأن يصح في الموجود
أولى قال ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت
الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه
يستحق بالإطلاق تبعا فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها
ولكنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو
الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه إذ لا فرق
بينهما وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد
مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع

عن الوصية لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد
حققناه في كتاب الهبة ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب
يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع قال وإذا
صرح لأن العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى
ثم أعتق فالثلث قسم بين العتق الأول والمحاباة وما أصاب
العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل
حال ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها
درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة وإن كانت وصية بحجة
يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وإن لم يهلك منها وبقي شيء
من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لأنه وصية
بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج
وله أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى
بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية
بالحج لأنها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل
فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي
إليه وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن
العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه عندهما
من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا أشبه قال
ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان
أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لأن
العتق في مرض الموت وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر
من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة لأن الامتناع لحقهم و
قد أسقطوه قال ومن أوصى بعتق عبده ثم مات
فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لأن الدفع قد صح

لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى
له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول
بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه
الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في
مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر
عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال
ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق
هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال
الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له
الا ان يفضل من الثلث شيء او يقوم له البينة ان العتق في الصحة
لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق
لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال و
الوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق
في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا فالقول للمنكر
مع اليمين لان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات
للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع
اليمين قال الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة
العبد لانه لا مزاحم له او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان
الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات
حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث
اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال
صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق
ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق
الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق في الصحة

لا يوجب

لا يوجب السعاية عنهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد
على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في
الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع
الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في
المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند
عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا و
التفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة
في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون
اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه
مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى
بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث
وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق
بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية
وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن
متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال واذا
اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه
جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد
الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان
يتقدر به فيجوز قال زفر رح يجوز الاول
ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال
ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن
السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح و
قالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز
الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في

الوصية وله قول بنقض به فيقضي فالكية الا اذا زاد على الثلث
فترد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم الاجازة الورثة وله
ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رح وقد رفعه
الى النبي عليه السلم فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس
فان اياسا **قال** السهم في اللغة عبارة عن
السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا
قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء **قال**
ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول
يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية و
الورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس
مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي
واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال
سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي
لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى
المال والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود
في اللغة **قال** ومن اوصى بثلث دراهمه
او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث
ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رح
له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك
يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت
التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق
احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع و
الوصية مقدمة فجعلناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم
كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا

فكذا تقديما **قال** ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك
ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق
الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس
مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك
المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة
ولو اوصى بثلث ثلثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي
وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه
لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي
ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه
المذكور فيه **قال** ومن اوصى لرجل بالف درهم
وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى
الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه
وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج من شيء من الدين
اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي
تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين
لان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء
فانما يعتدل النظر بما ذكرناه **قال** ومن اوصى
لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان
الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا
اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف
الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف
الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان
راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو
وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان

يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم لانهما ثمة ومن قال
ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي
بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال: ومن اوصى
بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه
عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت
ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك
اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث
غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة
لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية
تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد
ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانه لو كان بلفظ المال يصح
فكذا اذا كان باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل و
المعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم
يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية
بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة
ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى
المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما
ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية عين الشاة حيث
جعله جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج
كثير من المسائل قال: ومن اوصى بثلث ماله
لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم
من خمسة اسهم وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وعند محمد
رح يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله ان
الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان

وفسرناهما في الزكوة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث
اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وامهات
الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف
واللام يراد به الجنس واسم الجنس يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما
عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب
خمسة والثلثة للثلث قال: ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين
فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان
وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد
عندهما وعنده لا يصرفه الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال: ومن
اوصى لرجل بمائة درهم ولاخر بمائة ثم قال لاخر قد اشركتك
معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن
اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد
منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولاخر بمائتين
ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت
المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ
بقدر الامكان قال: ومن قال لفلان على دين
فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث
وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان
كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر
مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فيتعذر اثباته
اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من
قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية
وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه
في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له

كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ما شاء
وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة
قال وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث
لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة لأن ميراثهم
معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم
فيقدم عزل المعلوم وفي الإفراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين
قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد خصاما وعساهم
يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم وبعد الإفراز يصح إقرار كل
واحد فيما في يده من غير منازعة وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا
صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لأن هذا
دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن
في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث
ما أقروا والورثة بثلثي ما أقروا تنفيذا لإقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما
اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك لأنه يحلف على
ما جرى بينه وبين غيره قال ومن أوصى
لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث
لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك فصح في الأول وبطل
في الثاني بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت لأن الميت ليس بأهل
للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من أهلها و
لهذا يصح بإجازة الورثة فافترقا وعلى هذا إذا أوصى للقاتل
وللأجنبي وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه
وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي لأن الوصية إنشاء تصرف
والشركة تثبت حكما له فيصح في حق من يستحقه منهما أما الإقرار
إخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه إلى

إثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به ولا إلى إثبات
الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكا ولأنه لو قبض الأجنبي شيئا
كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض
ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الإنشاء
حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال
ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد
لرجل فضاع ثوب ولا يدرى أيها هو والورثة تجحد ذلك
فالوصية باطلة ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم
بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا و
جهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل إلا أن يسلم
الورثة الثوبين الباقيين فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون
لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ولصاحب الأوسط ثلث الجيد و
ثلث الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون لأن صاحب
الجيد لا حق له في الرديء بيقين لأنه إما أن يكون وسطا أو رديا
ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد لأنه بيقين
لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل أن يكون
الرديء هو الرديء الأصلي فيعطى من محل الاحتمال وإذا ذهب
ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء
فيتعين حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال
وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل
فإنها تقسم فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رح نصفه للموصى له وإن
وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رح مثل ذرع

البيت وهذا استحسان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
محمد رح بمثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره
لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويتوقف الثاني
وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية
السابقة كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم إذا اقتسموها
ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به
وهو نصف البيت وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف
البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية
الموصى بها إذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا بيع
العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل
بالإقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى
بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء بملك
منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع
قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ
الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وإنما المقصود
الإفراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار
الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وإن وقع في نصيب الآخر
تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه إما لأنه عوضه كما
ذكرناه أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا
لمقصوده ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعا بين
الجهتين التقدير والتمليك وإذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير
أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على
اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة
بأول ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي

العتق ولد حي ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار
مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين
الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا
عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف
الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهما
فيصير عشرة وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لأن الموصى له
يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فيصير السهام أحد عشر
للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية إقرار قيل
هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له أن الإقرار
بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر
بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه
من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ

قال

ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب
المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع لأن
هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته وإذا أجاز يكون
تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم بخلاف ما إذا أوصى
بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها
صحيحة لمصادفتها ملك نفسه وبالامتناع لحق الورثة فإذا
أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي

قال

وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب
أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا
استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر
لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في
إعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث

شايع في التركة وهو في يديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف
ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون
مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث
فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه
نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ نصف
ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث **قال**
ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما
يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية
اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل
القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي ديونه
دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث
ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف
ومحمد رح وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك من الام
فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورته
فقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم قبل
القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما ثلثا كل
واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة
الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ
الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام ان الام اصل والولد
تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا
تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع
لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما
صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد
اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع

بدون ذكره وان كان قياسا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان
ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر
ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة
الوصية وان اقر المريض لامراة بدين او اوصى بوصية لها بشيء
او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية
والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا
يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في
حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب
عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة
ان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان
حكمها يتقرر عند الموت الا يرى انها تبطل بالدين المستغرق وعند
عدم الدين يعتبر من الثلث **قال** واذا اقر
المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن
قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث
عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما
بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في
ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية
وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي
نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال
صدوره **قال** وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا
فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين فصح
لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له
وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت
واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق

وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا يصح

قال: والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول

إذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لأنه إذا تقادم العهد صار طبعًا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث، وإن وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض

قال: ومن أعتق عبدًا في مرضه أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز فهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا، وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة، وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه يتهم فيه كما في الهبة، وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وإن أوجبه في حالة صحته اعتبارًا بحالة الإضافة دون حالة العقد، وما نفذ من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فإن كان صحيحًا فهو من جميع المال وإن كان مريضًا فمن الثلث، وكل مرض صح منه فهو كحالة الصحة لأنه بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله

قال: فإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة، وإن أعتق ثم حابى فهما سواء، وقالا: العتق أولى في المسألتين، والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض لأن الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفًا لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه، وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي، وإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض. لهما في الخلافية أن العتق أولى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة تلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت. وله أن المحاباة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعًا بمعناه لا بصيغته والإعتاق تبرع صيغة ومعنى، فإذا وجدت المحاباة أولًا دفع الأضعف، وإذا وجد العتق أولًا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة، وعلى هذا قال أبو حنيفة رح إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعًا، أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة، ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصي كان رجوعًا وقد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب، وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به

والبطانة تستطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه
بدون الزيادة، فلا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصى من
جهته بخلاف تخصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف
في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا
باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية
لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى
بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى ايضا
اصله وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من يريد ان
يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا **قال**
ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكر محمد وقال ابو
يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في
الماضي فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي و
الانتفاء في الحال ضرورة وذلك اذا كان ثابتا في الحال كان
الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال و
الجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون
جحود فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام
وربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف
ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها
لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف
ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت
به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع
الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل
يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي
يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا

حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على
حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم
يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات
قبل موت الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع
والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله
ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق
الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم
وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق
والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث
ولآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما
يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر
حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلثة
سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع
ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة
عندهما وقال ابو حنيفة الثلث وان كان على
المعتق دين ولهذا ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من
جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى
يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه
لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان
الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة
ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة
المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل و
ترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال

الذي كان له عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى، و
عندهما سواء.

فصل

قال: ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي
أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لأن الفريضة أهم من
النافلة، والظاهر منه البداية بما هو الأهم. فإن تساوت في
القوة بدئ بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر
أنه يبتدئ بالأهم. وذكر الطحاوي أنه يبتدأ بالزكاة ويقدمها على
الحج، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية عنه يقدم
الحج، وهو قول محمد رح. وجه الأولى أنهما وإن استويا في الفريضة
فالزكاة تعلق بها حق العبد فكان أولى. وجه الأخرى أن الحج يقام
بالمال والنفس، والزكاة بالمال قصرا عليه، فكان الحج أقوى. ثم
تقدم الزكاة والحج على الكفارات، والكفارة في القتل والظهار
واليمين مقدمة على صدقة الفطر لأنه عرف وجوبها بالقرآن
دون صدقة الفطر، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق
على وجوبها والاختلاف في الأضحية، وعلى هذا القياس يقدم
بعض الواجبات على البعض.

قال: وما ليس بواجب
قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا، وصار كما إذا صرح بذلك.
قالوا: إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما
كان للعبد، فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرنا،
ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لأنه إن كان
المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحد في نفسها مقصود فينفرد
كما تنفرد وصايا الآدميين.

قال: ومن أوصى
بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لأن الواجب لله
تعالى الحج من بلده، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده، و
الوصية لأداء ما هو واجب عليه، وإنما قال راكبا لأنه لا يلزمه
أن يحج ماشيا، فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه.

قال: فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من
حيث تبلغ، وفي القياس لا يحج عنه لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها
فيه، غير أنا جوزناه لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية
فيجب تنفيذها ما أمكن، والممكن فيه ما ذكرناه، وهو أولى من إبطالها
رأسا، وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل.

قال:
ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق فأوصى أن يحج عنه
يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة، وهو قول زفر رح. وقال
أبو يوسف ومحمد رح يحج عنه من حيث بلغ استحسانا، وعلى هذا
الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق. لهما أن السفر بنية
الحج وقع قربة، وسقط فرض قطع المسافة بقدره، وقد وقع أجره
على الله، فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله، بخلاف سفر التجارة
لأنه لم يقع قربة. وله أن الوصية تنصرف إلى
الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال: ومن أوصى لجيرانه
فهم الملاصقون عند أبي حنيفة رح، وقالا: هم الملاصقون وغيرهم
ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة، وهذا استحسان،
وقوله قياس لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة، ولهذا
يستحق الشفعة بهذا الجوار، ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف
إلى أخص الخصوص وهو الملاصق. وجه الاستحسان أن هؤلاء
كلهم يسمون جيرانا عرفا، وقد تأيد بقوله عليه السلام: لا صلاة
لجار المسجد إلا في المسجد، وفسره بكل من سمع النداء، ولأن

المقصود بر الجيران فاستحبابه بنيظم الملازق وغيرهم الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لانه اسم الجار دينا ولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن

قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رح وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فلو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت

قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل

قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون

اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث تعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم فيه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرنا وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى

قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف

قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رح وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم

لما روي ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها صح

نعتقد اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قوله وأتوني بأهلكم
أجمعين ولأن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله
تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف
إلى الحقيقة قال ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته لأن الآل القبيلة
التي ينسب إليها ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده
لأن الأب أصل البيت ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب
عبارة عمن ينسب إليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل
بيت أبيه دون أمه لأن الإنسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث
يكون من جانب الأم والأب قال ولو أوصى لأيتام بني فلان والعميان منهم
أو الزمنى منهم أو الأرامل إن كانوا قوما يحصون دخل في الوصية
فقراؤهم وأغنياؤهم ذكورهم وإناثهم لأنه أمكن تحقيق التمليك
في حقهم والوصية تمليك وإن كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء
منهم لأن المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة
وهذه الأسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف
ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني
فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لأنه ليس في اللفظ
ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحه
تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم
وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتبارا
لمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر قال ولو أوصى لبني
فلان يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما
لأن جمع الذكور يتناول الإناث ثم رجع وقال
يتناول الذكور خاصة لأن حقيقة الاسم للذكور وانتظامه
الإناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما إذا كان بنو فلان

اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والإناث لأنه ليس يراد
بها أعيانهم إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى
العتاقة والموالاة وحلفاؤهم ومن أوصى لولد فلان فالوصية
بينهم والذكر والأنثى فيه سواء لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاما
واحدا ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ
الأنثيين لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل
كما في الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه
فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه إن الوصية
لهم وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصطلحوا له أن الاسم يتناولهم
لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالإخوة ولنا أن الجهة مختلفة
لأن أحدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما
لفظ واحد في موضع الإثبات بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان
حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل
في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات
أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى
حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم
يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له
مولاه إن لم أضربك فأنت حر لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق
عجزه ولو كان له موال وأولاد الموالي وموالي موالاة يدخل فيها
معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة وعن أبي يوسف أنهم يدخلون
أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول
الجهة مختلفة في المعتق الإنعام وفي الموالي عقد الالتزام والإعتاق
لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي
غيره حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بإعتاق

وحده منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي لان
اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة و
لو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر
الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيهم موالي اعتقهم (ابنه او ابوه) لانهم ليسوا
بموالية لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف
معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء.

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى
داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في
حال الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان
ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على
ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف
ويجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف
الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة
عرض لا تبقى وكذلك الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة
فاخذ حكمها والمعنى يشملهما فان خرجت رقبة العبد من الثلث
يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان
كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه
في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة
العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف
الوصية بسكنى الدار اذا كان لا يخرج من الثلث حيث يقسم عين
الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل
للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا
ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان
الحق لهم الا ان الاول اعدل وهو اولى وليس للورثة ان

يبيعوا

ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك
لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى
جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار
من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده
والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان مات
الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي
المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء
من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له
في حياة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه
من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها
بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود
والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية
بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق
الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد
منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها
وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار وقال
الشافعي يجوز ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها
من غيره ببدل او غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية
لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير
بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا
بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على اصلنا ولا
يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان
التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى
بالاضعف ولا الاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان

كالاعارة

الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع
فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست
بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها
تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما يثبت هذه الولاية
لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة حتى
يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة
بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا
لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون
الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك
اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من
مقصود الموصي واذا كانوا في مصر فمقصوده ان يمكنه
من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في
غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة
عبده او بغلة داره يجوز ايضا لان بدل المنفعة ياخذ حكم
المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم
او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له
ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو
اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي
يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه
يقول للموصى له حق مثل ما للوارث وللشريك ذلك فكذا
للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق
للموصى له فيما تلاقيه القسمة اذ هو الطالب ولا حق له في عين
الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار
ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث

فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه
اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على
الآخر فيعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية
لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة
ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى
بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك
يثبت فيهما بعد الموت ولهما نظاير وهو ما اذا اوصى بامته
لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث واوصى لرجل
بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من
التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف
في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احدهما عن الآخر
فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد رح الامة
للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي
يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام
الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان
منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال
حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في
وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة
والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة
كذلك ومن اصلنا ان العام الذي يوجب ثبوت الحكم على سبيل
الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل واحد
منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا
يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما اذا اوصى
للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول

الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا
اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان
الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه
اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص ومن اوصى لاخر
بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان
قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما
عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما
يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم
الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول
المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة تنتظم الموجود
وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل
من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما
غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها
الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد ومن اوصى
لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في
بره گوسفند
بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من
الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل
لان الايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا
بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه
لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع
بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه
في الوصية بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم
واختاه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا
لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها

الصوف والولد واللبن

بعقد

بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية ه

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو
ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث
ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا يصح
عندهما ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه
اذا اوصى ان يبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان
الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك
فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال وان اوصى بداره
كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية
باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة و
الوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي
حنيفة رح ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم
وما يدينون فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو
قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم
فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين
الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما
يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين
والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فيبقى ملكا للباني فيورث
عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لتعلق حق
العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا لعدم تحرره
بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت
مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على مقتضاه
فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة

اقسام منها ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا
وهو ما ذكرناه. ومنها اذا اوصى الذمي بان يذبح خنازيره و
تطعم المشركون وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما
ذكرنا. والوجه ما بينا ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في
حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجدا
للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة
بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه
تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة. ومنها اذا اوصى بما يكون
قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس
او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم
باعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا
ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا
اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية
في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا
وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم
لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة
المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة و
صاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة
بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم. واذا دخل الحربي بامان فاوصى
لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث
لحق الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم
في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا. ولان حرمة ماله باعتبار الامان
والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك
اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن

ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر في مرضه عبده في دار الاسلام
فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى لمسلم
او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات
بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حياته
ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف
انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه
ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي
باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم
التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى
لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو
اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين
الدارين والوصية اخته

باب الوصي

وما يملكه ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورده
في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو
صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من
جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله
حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنا لانه حي قادر
على التصرف بنفسه وان رده في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي
ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره
فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء
قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا
فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمه لان ذلك دلالة الالتزام
والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي
وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل

فباع حيث لا ينفذ لأن الوصاية خلافة لأنه يختص بحال
انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية إليه وإذا كانت خلافة
لا يتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل إنابة لثبوته في حال
قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علم كإثبات الملك بالبيع و
الشرى وقد بينا طريق العلم وشرط الإخبار فيه فيما تقدم
من الكتب وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال
أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل
لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء لأن في إبطاله ضررا
بالميت وضرر الوصي بالإيصاء مجبور بالثواب ودفع الأول وهو
أعلى وكذا الأول أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك
لأنه مجتهد فيه إذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن
ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه و
ينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين
فلهذا ينفذ إخراجه فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل
لم يلتفت إليه لأنه قبل بعد بطلان الوصاية بإبطال القاضي
ومن أوصى إلى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصية
ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير إلى صحة الوصية لأن الإخراج
يكون بعدها وذكر محمد في الأصل أن الوصية باطلة قيل معناه
في جميع هذه الصور ستبطل وقيل معناه في العبد باطل حقيقة
لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر
باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الإخراج أن
أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على أصلنا
وولاية الكافر في الجملة إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية
العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة

الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق
بالخيانة فيخرجه القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه
إتماما للنظر وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه
في المال وهذا يصلح عذرا في إخراجه وتبديله بغيره ومن
أوصى إلى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لأن
للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن
الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وإن كانوا صغارا
كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة ولا يجوز عندهما وهو
القياس وقيل قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع أبي حنيفة
ومرة مع أبي يوسف وجه القياس أن الولاية منعدمة لما
أن الرق ينافيها ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك
وهذا قلب المشروع ولأن الولاية الصادرة من الأب لا يتجزى
وفي اعتبار هذه تجزيها لأنه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض
الموضوع ولأبي حنيفة رح أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون
أهلا للوصاية وليس لأحد عليه ولاية فإن الصغار وإن كانوا
ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وإيصاء المولى إليه
يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى
على ما هو المروي عن أبي حنيفة أو نقول يصار إليه كيلا يؤدي
إلى إبطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الأصل أولى ومن
يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية
لحق الموصي والورثة وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم
الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر بإعانة غيره ولو شكا إليه
الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد
يكون ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه

ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر
من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي
ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه مختار الميت
ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور
شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او
بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى
يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه
اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت
ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي
منابه كانه لا وصي له ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما
ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في اشياء
معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال
ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء
لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى
فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا
لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه
على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال
ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد بالشفقة
فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية
تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع
اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد
كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة
وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق
لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه

وههنا

وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي
الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه
فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء
المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع
الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها
وقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في
التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام
الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة
بعينها ورد المغصوب والمشترى شرا فاسدا وحفظ الاموال
وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك
وصاحب الدين اذا ظفر بجنسه وحفظ المال يملكه من يقع في
يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي و
تنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى
الراي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا
ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة
الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب
الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة
لا تخفى وجمع الاموال الضايعة لان في التاخير خشية الفوات
ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي
الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد
بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه
رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما
عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو
اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف

بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما
افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين
واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان
الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا
آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم
القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف
الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه
متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان
الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده
في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج
القاضي الى نصب وصي آخر لان راي الميت باق حكما براي
من يخلفه وعن ابي حنيفة رح انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي
بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه
براي المثنى كما رضي المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى
آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال
الشافعي رح لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل
في حالة الحياة والجامع بينهما انه رضي برايه لا براي غيره
ولنا ان الموصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى
غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل
الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب
فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره
مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين
فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك
مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط

منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل
حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره و
الايصاء اليه ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة و
مقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت
حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث
والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان
غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد
الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة
عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب
ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي
خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان
له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن
لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك
بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له
شريك الوارث فيتوى ما يتوى من المال المشترك على الشركة
ويبقى ما بقي على الشركة فان قاسم الورثة واخذ نصيب
الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا وان كان
الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت
من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من
يده وقال ابو يوسف رح ان كان مستغرقا
للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال
محمد رح لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرزه
الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية
وكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف رح

ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم
يبق تبطل لفوات محلها ولابي حنيفة رح ان القسمة لا تراد
لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار
كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم
الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه
لم يتم فصار كهلاكه قبلها. ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها
الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة
لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول يصير
الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق
الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ
ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له
على الورثة سبيل. واذا باع الوصي من التركة عبدا بغير محضر
من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى
حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض
موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء
متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى
خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء
اما ههنا بخلافه. ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه
على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق
العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه
عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له
المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير اذنه و
رضاه فيجب عليه رده. **قال**: ويرجع فيما ترك
الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رح

يقول لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا. ويرجع
في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم
الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع
عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة
بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان
في الزامها القاضي او امينه تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد
هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة و
امينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل
وقد مر في كتاب القضاء. فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن
بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر. وان قسم
الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض
الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له
ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق
ما اصابه. واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم
جاز وهو ان يكون املأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول املأ
لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه. ولا يجوز بيع
الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في
الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره
انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز
بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون
بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم
النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه
لان التصرف بالغبن الفاحش منهم تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا
من اهله. واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة

وكذا بالشراء على جهة لأن ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقد قيل لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهرا وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار لأن الأب يليه سواه ولا يليه وكذا وصيه فيه وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لأنه لا يملكه الأب على الكبير الغائب إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه ولا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة. قال أبو يوسف رح ومحمد رح وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب وكذا وصي الأم ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم والوصي أحق بمال الصغير من الجد. وقال الشافعي رح الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيتقدم عليه كالأب بنفسه وهذا لأن اختيار الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى ملك الإنكاح دون الوصي غير أنه يقدم وصي الأب في التصرف لما بينا

فصل في الشهادة

وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معينا لأنفسهما

قال إلا أن يدعيها المشهود له وهذا استحسان وفي القياس كالأول لما بينا من التهمة. وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي. قال وكذلك الابنان معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة. ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت وغيره فشهادتهما باطلة لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به. قال وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وإن كان في غير مال الميت جاز وهذا عند أبي حنيفة وقالا إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة ولأبي حنيفة رح أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها. قال وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رح. وقال أبو يوسف رح لا تقبل في الدين أيضا وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف وعن أبي يوسف رح مثل قول محمد رح وجه القول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن

الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو
استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة
مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه
في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة **قال**
ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود
لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق
لانه لا شركة فلا تهمة **قال** ولو شهدا انه
اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه
اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا
شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد
المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان
الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه واذا كان للمولود فرج
وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول
من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث
فقال من حيث يبول وعن علي رضه مثله ولان البول من اي عضو
كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة
العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى
انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة
عند ابي حنيفة رح وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك
العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول
الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة
لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كانا يخرج
منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح واذا بلغ

الخنثى

الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم
كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران
ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثدييه او حاض او
حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات
النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا
اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه الاصل
في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين و
ان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته **قال**
واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه
امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه
رجل فيفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد
صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة
ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم
احتياطا لاحتمال انه امرأة واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل
انه امرأة واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس
في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو
جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على
النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال
انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه
ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة
ويكره ان يختنه رجل لانه عسى انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل
فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت
المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت
المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وان

يكشف قدام الرجال والنساء وان يخلو به غير محرم من رجل او
امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم
وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في
لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له
تركه وقال محمد يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط
وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن
حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت
خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو
قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم
يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق
للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل
او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف
قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله
من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة
لان حل الغسل غير ثابت من الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة و
ييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا
امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان
كان انثى تقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات
فصلي عليه وعلى رجل وامرأة يوضع الرجل مما يلي الامام والخنثى
خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة و
يقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد
من عذر يجعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما
حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان
جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما

يكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه ان كان
انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث ولا باس
بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة رح
للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين
غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو
قول الشعبي رح واختلفوا في قياس قوله قال محمد المال
بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال
ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان
الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع
فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلثة وذلك
يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال
بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى
حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما
نصفين وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى
ثابتان بيقين فوقع الشك في السهم الزائد فينتصف فيكون له سهمان
ونصف فانكسر فاضعفه لزوال الكسر فصار الحساب من اثني عشر
للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رح ان الحاجة ههنا الى اثبات
المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك
فاوجبنا المتيقن فقصرنا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان
الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا ههنا الا
ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك
الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب
وام هي خنثى وامرأة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في
الاول للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية

للمرأة الربع وللأخوين لأم الثلث والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين
فيهما

مسائل شتى

قال: وإذا قرئ على
الأخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك بما في هذا الكتاب
فأومى برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار
فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه. قال
الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لأن المجوز إنما هو العجز وقد شمل
الفصلين ولا فرق بين الأصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من
الأهلي في حق الزكوة والفرق لأصحابنا رحمهم الله أن الإشارة إنما تعتبر
إذا صارت معهودة معلومة وذلك في الأخرس دون المعتقل
لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو
بمنزلة الأخرس ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا
الوقت وأما الأخرس فلا تفريط منه ولأن العارض على شرف الزوال
دون الأصلي فلا يتقاسان وفي الآبدة عرفناه بالنص وإذا كان الأخرس
يكتب كتابا أو يومي إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه
وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له أما الكتابة فلأنها
ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب
التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب والمجوز في حق الغائب
العجز وهو في الأخرس أظهر وألزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين
مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين
غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار فينوي فيه لأنه
بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على
الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم وأما
الإشارة فجعلت حجة في الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك
لأنها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون

اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة إلى الحدود لأنها
حق الله تعالى ولأنها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف
فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضا بالإشارة في القذف لانعدام
القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن
الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى لو شهدوا بالوطي الحرام أو
أقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر مطلق
القتل يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لأن القصاص
فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر
المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت
زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة و
ذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب
عليه ويحتمل أن يكون الجواب ههنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل
أن يكون مفارقا لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب لقيام
أهلية النطق ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة
المانعة ودلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على
الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع
القدرة على الكتابة لأنه حجة ضرورية فلا ضرورة لأنه جمع ههنا
بينهما وقال أشار أو كتب وإنما استويا لأن كل واحد
منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة
وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما أنه أقرب إلى النطق
من آثار الأقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما أو يومين
لعارض لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير
لمعتقل اللسان قال: وإذا كان الغنم مذبوحة وفيها
ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وإن كانت الميتة أكثر

او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما
في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة
تحل في حالة الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكيا اولى غير انه يتحرى
لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة
وقال الشافعي رح لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان
كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير
ضرورة ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل
منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلوا
عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يحل التناول اعتمادا
على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع
الامتناع فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف
بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة

وقع الفراغ من كتابة الهداية يوم الاربعا سادس عشر
من شهر ربيع الآخر سنة سبع ٩٩٧
وتسعين وتسعمائة
من الهجرة

على يد العبد الضعيف النحيف الراجي الى رحمة ربه اللطيف محمد بن [illegible] غفر الله له ولوالديه